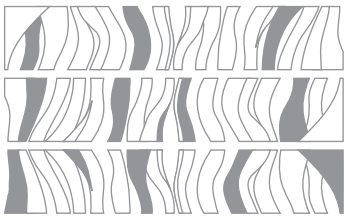
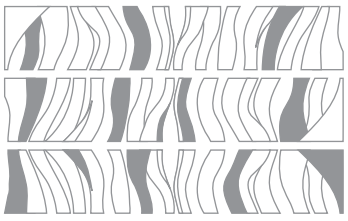


Jurisprudência



Corte Especial

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO N. 12.363-RJ (2013/0116147-6)

Relator: Ministro Presidente do STJ
Agravante: Estado do Rio de Janeiro
Procuradores: Emerson Barbosa Maciel
Leonardo Espíndola
Agravado: Golden Goal Sports Ventures Gestao Esportiva Ltda.
Advogados: Felipe Ribeiro Kneipp Salomon e outro(s)
José Arnaldo da Fonseca Filho e outro(s)
Agravado: Luiz Guilherme Borges Pereira dos Santos
Agravado: Helio Carlos Sussekind
Agravado: Carlos Eduardo Caruso Ferreira
Agravado: Mauro Silveira Correa
Agravado: Excel 3000 - Materiais e Servicos Ltda.
Advogado: José Arnaldo da Fonseca Filho e outro(s)
Reclamado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EMENTA

Agravo regimental na reclamação. Liminar concedida em mandado de segurança originário de Tribunal de Justiça. Pedido de suspensão ajuizado perante o próprio Tribunal *a quo*. Usurpação de competência do STJ. Liminar na reclamação deferida.

I - A reclamação tem cabimento para preservar a competência deste *Superior Tribunal de Justiça* ou garantir a autoridade das suas decisões (art. 105, inciso I, alínea **f**, da Constituição Federal de 1988 e art. 187 do *RISTJ*).

II - Conforme o disposto nos artigos 25 da Lei n. 8.038/1990 e 271 do RISTJ, compete ao Presidente do STJ, para evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia públicas, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança contra o Poder Público, proferida,

em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

III - *In casu*, deferida liminar contra o Poder Público por desembargador do eg. TJRJ, em mandado de segurança originário daquela Corte, tal decisão desafia incidente de suspensão a ser ajuizado perante esta Corte, ou o eg. *Supremo Tribunal Federal*, se a matéria tiver índole constitucional.

IV - *Assim*, ajuizado pedido de suspensão no próprio col. TJRJ, e deferido o pedido, resta aparentemente usurpada a competência desta Corte, razão pela qual, presentes os requisitos, deferiu-se liminar para suspender a r. decisão proferida pela presidente do eg. Tribunal *a quo*, até o julgamento da presente reclamação.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Nancy Andrighi.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Convocados os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 19 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Estado do Rio de Janeiro*, em face de decisão que concedeu a liminar pleiteada a fim de suspender r. decisão proferida pela em. Desembargadora Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sob os seguintes termos:

> Trata-se de reclamação ajuizada por *Golden Goal Sports Ventures Gestão Esportiva Ltda e Outros*, com pedido liminar, em face de r. decisão proferida pela em. Desembargadora Presidente do eg. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nos autos da Suspensão de Execução de Sentença n. 0019019-36.2013.8.19.0000.
>
> Depreende-se dos autos que "Os reclamantes firmaram com a Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro - SUDERJ termos de permissão de uso para utilização de camarotes no Maracanã ('Termos de Permissão') por um período de 5 (cinco) anos de vigência, acrescido do tempo de interrupção por determinação ou ato do Poder Público." (fl. 02)
>
> *No entanto*, tem-se que a Secretaria de Estado da Casa Civil do Rio de Janeiro deu início a licitação para a contratação, em regime de parceria público-privada, da gestão, operação e manutenção do denominado "Complexo do Maracanã", ignorando, segundo se alega, o mencionado Termo de Permissão.
>
> Desta forma, os ora reclamantes impetraram mandado de segurança perante a 20ª Câmara Cível do eg. TJRJ, em face do Secretário de Estado da Casa Civil do Rio de Janeiro e do Presidente da Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro - SUDERJ.
>
> A liminar no *mandamus* foi deferida, a fim de "suspender os efeitos da licitação que escolherá novo parceiro para operação do Complexo do Maracanã, no que tange tão somente ao uso dos camarotes" (fl. 03), até o julgamento do *writ*.
>
> Irresignado, o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso de agravo regimental, bem como ajuizou pedido de suspensão de liminar, *este* endereçado à em. Presidente do eg. Tribunal *a quo*.
>
> No incidente processual, foi proferida decisão monocrática na qual foram suspensos os efeitos da r. decisão liminar anteriormente concedida no mandado de segurança originário daquela Corte, ao fundamento de ocorrência de grave lesão à economia pública, "considerando-se que o grau de competitividade na licitação restará comprometido com a retirada *in limine* dos camarotes da concorrência pública." (fl. 798)
>
> Daí a presente reclamação, na qual alegam os reclamantes, em breve síntese, que a r. decisão reclamada usurpou a competência do eg. *Superior Tribunal de Justiça*, na medida em a competência para o julgamento do pedido de suspensão aviado, *in casu*, seria da Presidência desta Corte.

Sustentam, a fim de justificar a existência do *periculum in mora*, que "a reforma do Maracanã já está próxima de ser concluída e há jogos marcados para os próximos meses", e que "A Reclamante *Golden Goal* tem por objeto social justamente a exploração de camarotes em estádios, e a não ser que a decisão reclamada seja imediatamente suspensa, não terá tempo hábil para fazê-lo para o evento de maior importância do Maracanã", referindo ao amistoso entre as seleções de Brasil e Inglaterra na data de 2 de junho. (fl. 08)

Requerem, desta forma, *liminarmente*, a suspensão da r. decisão proferida pela Presidência do eg. Tribunal *a quo*, e, no mérito, a procedência da presente reclamação, determinando-se, com fundamento nos artigos 17 e 18 da Lei n. 8.038/1990, a cassação da decisão.

É o relatório.

Decido.

Para o deferimento da liminar em reclamação, necessária se faz a demonstração conjugada dos dois requisitos autorizadores da sua concessão, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Na hipótese, entendo que as razões declinadas pelos reclamantes atendem aos pressupostos que autorizam a concessão do pedido liminar.

Primeiramente, tenho que se afigura presente a plausibilidade do direito invocado, consubstanciado na usurpação de competência desta Corte, na medida em que a competência para a análise do pedido de suspensão, no presente caso, conforme o disposto no art. 25 da Lei n. 8.038/1990 e 271 do Regimento Interno desta Corte, é do *Presidente do Superior Tribunal de Justiça*.

Transcrevo, oportunamente, os dispositivos legais mencionados:

> Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

> *Art. 271*. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Igualmente, em caso de manifesto interesse

> público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá o Presidente do Tribunal suspender, em despacho fundamentado, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes que for concedida ou mantida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, inclusive em tutela antecipada, bem como suspender a execução de sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, em processo de ação popular e em ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Ademais, observo que a continuidade do procedimento licitatório em questão, sem a devida observância do Termo de Permissão, poderia trazer graves prejuízos aos reclamantes, impossibilitando os particulares de usufruir do compromisso anteriormente firmado com o Poder Público, mormente se considerada a adiantada fase em que se encontra o certame.

Ante o exposto, *defiro* o *pedido liminar* para suspender os efeitos da r. decisão proferida pela em. Desembargadora Presidente do eg. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nos autos da Suspensão de Execução de Sentença n. 0019019-36.2013.8.19.0000.

Requisitem-se informações da autoridade reclamada, no prazo de 10 (dez) dias.

Após, à d. Subprocuradoria-Geral da República, em vista, por cinco dias (art. 190, RISTJ).

P. e. I.

Comunique-se, com urgência (fls. 815-818).

Em suas razões, alega o agravante que a competência para o julgamento do pedido de suspensão em face de decisão proferida por Desembargador do eg. TJRJ seria do próprio Tribunal *a quo*, uma vez que "o Supremo Tribunal Federal vem dando interpretação diversa ao artigo 25 da Lei n. 8.038/1990 nas suspensões que lhes são encaminhadas em idêntica situação. E o fundamento adotado parece relevante: a decisão que, monocraticamente, o Tribunal Regional Federal ou o Tribunal dos Estados defere liminar em mandado de segurança não é de última ou única instância." (fl. 911)

Afirma também, citando compromissos assumidos pelo Brasil perante à FIFA (*Fédération Internacionale de Football Association*) e a importância dos grandes eventos a serem sediados no Maracanã, que, "Além de competente para examinar o pedido de suspensão, com o devido respeito, a Presidente do Egrégio

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro atuou com acerto ao vislumbrar grave ofensa à ordem pública administrativa." (fl. 914)

Requer, ao final, a reconsideração da decisão, ou o provimento do presente recurso de agravo regimental.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à Corte Especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Inicialmente, deixo de conhecer a impugnação interposta pelo ora agravante às fls. 924-939, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa. Passo, assim, a analisar o recurso de agravo regimental interposto às fls. 909-922, e, assim o fazendo, verifico que *não assiste razão ao agravante*.

Alega o recorrente que a competência para julgamento do pedido de suspensão de decisão liminar proferida em mandado de segurança originário de Tribunal de Justiça seria do Presidente do próprio Tribunal ao qual pertence o Desembargador prolator da decisão do *mandamus*, pois tal decisão não seria de última instância, e reforça tal argumento ao afirmar a existência de precedentes da eg. *Suprema Corte* neste sentido.

Contudo, tal argumento não merece prosperar.

Isto porque, *em primeiro lugar*, é de clareza indubitável o disposto no *caput* do artigo 25 da Lei n. 8.038/1990, segundo o qual "compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, *a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança*, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal." No mesmo sentido encontra-se o artigo 271 do Regimento Interno desta Corte.

Ademais, cumpre ressaltar ao agravante que o eg. *Supremo Tribunal Federal*, de fato, possui entendimento segundo o qual o pedido de suspensão só será cabível após o julgamento do agravo regimental interposto em face de decisão monocrática de pedido de suspensão ajuizado perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, ou quando dado ou negado provimento a agravo de instrumento interposto em face de liminar proferida em primeira instância.

Contudo, tal hipótese não se aplica a mandados de segurança originários de tribunal, e entendimento contrário implicaria, *a meu ver*, interpretação *contra legem*, e retiraria a eficácia do instituto da suspensão, desnaturando-o. Obrigaria, por conseguinte, que o Poder Público aguardasse o julgamento do agravo regimental, para, aí sim, ter a possibilidade de ajuizar o incidente excepcional.

Além disso, não faz sentido atribuir competência à presidência de um tribunal para *suspender decisões liminares proferidas pelos próprios pares, membros do mesmo tribunal*.

Colaciono, ilustrativamente, o seguinte excerto da r. decisão proferida na SS n. 3.457-MT/STF, de relatoria do em. Ministro *Gilmar Mendes*, na qual foi *deferido* pedido para suspender decisão liminar proferida por desembargador em mandado de segurança originário:

> O Estado de Mato Grosso, com fundamento nos arts. 4º da Lei n. 4.348/1964 e 4º da Lei n. 8.437/1992, requer *a suspensão da execução da liminar deferida pelo desembargador relator do Mandado de Segurança* n. 39.421/2007, em trâmite no Tribunal de Justiça daquele Estado, que suspendeu o preenchimento do cargo aberto pela aposentadoria do Desembargador Ernani Vieira de Souza, pelo critério de merecimento.
>
> (...)
>
> Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: interpretação atribuída ao art. 93, II, **b**, e III, da Constituição da República. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c.c. art. 25 da Lei n. 8.038/1990), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl n. 475-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl n. 497-AgR-RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 6.4.2001; SS n. 2.187-AgR-SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS n. 2.465-SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.
>
> (...)
>
> Ante o exposto, *defiro o pedido para suspender a execução da liminar deferida pelo desembargador relator do Mandado de Segurança* n. 39.421/2007, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Comunique-se. Publique-se.
>
> (SS n. 3.457-MT, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJe de 1º.2.2008, grifos ausentes no original)

O eg. *STF* possui inúmeros precedentes que seguem este entendimento. Assim sendo, deve-se asseverar que a jurisprudência do col. *Pretório Excelso*

se firmou no sentido de que *o exaurimento de instância*, a fim de inaugurar a competência daquele tribunal quanto aos pedidos de suspensão, *faz-se necessário apenas nos casos de pedidos de suspensão e agravos de instrumento formulados em face de decisões proferidas em primeira instância*, perante Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

No entanto, *no presente caso*, trata-se de liminar concedida contra o Poder Público em *mandado de segurança originário de tribunal*. Desta forma, a concessão de liminar contra o Poder Público desafia pedido de suspensão perante o *Superior Tribunal de Justiça* ou o eg. *Supremo Tribunal Federal*, se, neste último caso, a matéria for constitucional, não fazendo sentido o cabimento de pedido de suspensão para o presidente do próprio tribunal prolator da decisão liminar.

Não se desconhece, frise-se, a existência de julgados do eg. *Supremo Tribunal Federal* no sentido de que decisões liminares proferidas em mandados de segurança originários não desafiariam o pedido de suspensão ao col. *Pretório Excelso*, pela possibilidade de cabimento do agravo regimental (*v.g.* SS n. 4.443-MG, Rel. Min. *Ayres Britto*, DJe de 10.10.2012; SS n. 4.533-MS, Rel. Min. *Ayres Britto*, DJe de 9.10.2012; SL n. 636-CE, Rel. Min. *Ayres Britto*, DJe de 13.9.2012). *Todavia*, entendo que tais precedentes *não condizem com a jurisprudência majoritária* daquela eg. Corte, segundo a qual é cabível o incidente de suspensão em caso de decisões liminares proferidas contra o Poder Público em mandados de segurança originários.

Outro não é o entendimento da doutrina. Veja-se, oportunamente, o magistério de **Marcelo Abelha Rodrigues**, *in "Suspensão de Segurança - Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público"*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 140-141, abaixo transcrito:

> Entretanto, quando se trata de suspender a execução de liminar ou decisão concessiva de mandado de segurança proferida em única ou última instância, o órgão presidencial competente será o do STF, se a causa tiver por fundamento matéria constitucional, ou o do STJ, excluída a hipótese anterior.
>
> Assim, em se tratando de ação de mandado de segurança de competência originária (art. 25 da LR), tanto a liminar concedida por relator quanto a decisão concessiva da segurança pelo tribunal, a competência para apreciar o pedido de suspensão de execução da decisão é do presidente do STJ ou do STF, dependendo se a causa se fundamenta em matéria constitucional ou não.

Portanto, uma decisão liminar proferida em mandado de segurança originário de tribunal *não pode implicar a competência do próprio tribunal para*

julgamento de pedido de suspensão, razão pela qual, no caso, por ser a matéria de índole infraconstitucional, e por estarem demonstrados os devidos requisitos, foi concedida a liminar para suspender a r. decisão proferida pela presidência do eg. TJRJ em pedido de suspensão lá ajuizado.

Ante o exposto, mantenho a liminar concedida às fls. 815-818, e *nego provimento ao agravo regimental*.

É o voto.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.749-RN (2013/0118254-4)

Relator: Ministro Presidente do STJ
Agravante: Clovis Velloso Freire
Advogado: Ana Virgínia Barbalho e outro(s)
Agravado: Estado do Tocantins
Procurador: Maurício Fernando Domingues Morgueta e outro(s)
Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Litis.: União

EMENTA

Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Legitimidade. Pessoa jurídica interessada. Possibilidade de grave lesão à ordem e economia públicas. Existência. Princípio da prevenção. Pedido de suspensão deferido. Agravo regimental desprovido.

I - Consoante a legislação de regência (*v.g.* Lei n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009) e a jurisprudência deste eg. *Superior Tribunal de Justiça* e do col. *Pretório Excelso*, será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida em ação movida contra o Poder Público puder provocar *grave lesão* à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

II - De acordo com exegese do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o Estado do Tocantins *possui legitimidade* para formular o excepcional

pedido de suspensão nesta col. *Corte Superior*, pois, como *localidade destinatária* de gado a ser transportado sem o cumprimento da IN n. 44/2007 do MAPA, é *manifesto seu interesse* no deslinde da *quaestio*. Inexiste no sistema integrado de contracautela exigência de que a pessoa jurídica requerente tenha sido parte na ação originária, mas apenas que a decisão atacada *possa lhe causar a grave lesão* aos bens jurídicos tutelados.

III - O transporte de animais do Estado do Rio Grande do Norte (*área não livre de febre aftosa*) para o Estado do Tocantins (*área livre da referida moléstia*), sem o cumprimento dos normativos aplicáveis, pode, em tese, causar a contaminação do rebanho do local de destino, o que enseja *grave lesão à ordem e à economia públicas*.

IV - A *sobrelevação dos riscos* permite concluir pela aplicação do *princípio da prevenção*, pois o *perigo de grave dano* ou *de lesão irreversível* é passível de ocorrência em caso de contaminação.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Eliana Calmon, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 22.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de agravo regimental interposto por *Clovis Velloso Freire* contra decisão que *deferiu* o pedido de suspensão de liminar formulado pelo *Estado do Tocantins*.

Na origem, foi ajuizada ação sob o rito ordinário pelo agravante, com *pedido de antecipação de tutela*, com a finalidade de obter autorização judicial para transportar 800 cabeças de gado do Estado do Rio Grande do Norte para o Tocantins, local em que também possui fazenda, sem cumprir, em sua totalidade, o disposto na Instrução Normativa n. 44/2007, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA.

O em. Juiz Federal *deferiu* o pedido de antecipação de tutela, desde que cumpridos determinados condicionantes, em especial: a) identificação dos animais com adereço na orelha (brincos); b) isolamento, no destino, do gado transportado por um período mínimo de 30 dias; e c) vistoria dos animais, durante o período de quarentena, por funcionário do MAPA ou do competente órgão estadual para fins de submissão a provas laboratoriais para febre aftosa.

O *Estado do Tocantins*, contudo, formulou pedido de suspensão perante o eg. *TRF da 5ª Região*, oportunidade em que, o em. Presidente daquela col. Corte, deferiu o pedido excepcional para "desobrigar o Estado do Tocantins de permitir a entrada das 800 (oitocentas) cabeças de gado da propriedade do Sr. Clóvis Veloso Freire, sem o preenchimento das condições sanitárias adequadas, nos temos da Instrução Normativa n. 44/2007 do Ministério da Agricultura, afastando-se, pois, os efeitos da decisão judicial em questão" (fl. 104).

Interposto agravo regimental no eg. Tribunal *a quo*, o col. *Pleno*, por maioria, *deu provimento* ao recurso, conforme a certidão de fl. 133.

No pedido de suspensão formulado nesta eg. *Corte Superior*, o agravado sustentou, em síntese, que o Estado do Tocantins estava situado em *zona livre de febre aftosa* e que a entrada de animais oriundos de *região não-livre* da referida moléstia, descumprindo os normativos aplicáveis, colocaria em *risco* o rebanho bovino do Estado.

Destacou que o transporte das 800 cabeças de gado, de maneira como autorizada pelo eg. Tribunal de origem, poderia comprometer, em caso de contaminação dos rebanhos da localidade, a *economia estadual*, "notadamente em virtude do reflexo nas exportações e possíveis embargos sanitários que o Tocantins possa vir a sofrer" (fl. 21).

Em decisão de fls. 190-196 *deferi* o pedido de suspensão, pois vislumbrei a possibilidade de *grave lesão* aos bens tutelados pela Lei n. 8.347/1992, dando especial ênfase ao *princípio da prevenção*.

A União, às fls. 198-200, formulou pedido de ingresso no feito, *deferido* pelo despacho de fl. 223.

O presente agravo regimental se volta contra o *decisum* que *deferiu o pedido de suspensão de liminar* formulado pelo Estado do Tocantins.

Em suas razões, o agravante sustenta a ilegitimidade do Estado do Tocantins, pois não teria figurado como parte na demanda originária.

Aduz que o transporte das 800 cabeças de gado do Rio Grande do Norte para o Tocantins não ofereceria risco relevante ao rebanho bovino da localidade de destino, de modo que "não há que se falar em gravidade alguma no caso que possa ter justificado a suspensão da liminar" (fl. 233).

Destaca que não teria havido o descumprimento da Instrução Normativa n. 44/2007 do MAPA, mas apenas uma *fexibilização* do seu cumprimento, pois a quarentena, ao invés de ser realizada na origem, o seria no Estado de destino, em razão da severa estiagem que assola o Estado do Rio Grande do Norte e que está provocando a morte de diversas cabeças de gado na região.

Assevera que "Os riscos com o transporte desses animais são mínimos e ínfimos diante da catastrófica situação em que vive o Recorrente" (fl. 235). Salienta que, "uma vez chegando ao estado de destino, todo o rebanho permanecerá em local isolado, sem contato com outros animais e, dessa forma, em um ambiente sadio com pastos verdes e água" (fl. 235).

Sustenta que os riscos de animais apresentarem febre aftosa "existem em qualquer lugar, inclusive nos estados considerados como zona livre de vacinação, já que nada é impossível. O que está em jogo, entretanto, é se esses riscos são suficientes para proibir o transporte imediato dos animais em questão, atestando, dessa forma, a dizimação de todo o rebanho do Agravante" (fl. 238).

Alega que "exames prévios já foram feitos pelo IDIARN em fevereiro do corrente ano na fazenda do recorrente, não havendo necessidade de colocar em risco todo o rebanho do recorrente, para que sejam feitos novos exames, somente por que a lei assim estabelece" (fl. 240). Segundo o agravante, "O simples fato de estar o Estado do Rio Grande do Norte de onde se origina o gado em questão, em zona ainda não livre de aftosa não significa que haja a probabilidade de qualquer rebanho ali mantido estar acometido pela doença" (fl. 240).

Salienta, novamente, a severa seca que vivencia parte da região nordeste, que esta intempérie teria trazido graves conseqüências para os produtores locais e que o transporte dos animais para o Estado do Tocantins seria a sua única alternativa.

Destaca ser impossível, diante do grande prejuízo que sofreria, "aguardar este prazo de 30 dias, mantendo seus animais em local isolado no Rio Grande do Norte, na medida em que será necessário despender de grandes quantias em dinheiro para aquisição de alimento para os animais, já que não há pasto" (fl. 251).

Aduz que "A exigência de quarentena no local de origem diante de uma situação catastrófica como a revelada aos autos, viola frontalmente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade" (fl. 258).

Requer, ao final, o provimento do recurso.

Em *contrarrazões*, o Estado do Tocantins salienta que o agravo regimental não deve ser conhecido, pois o nome do advogado indicado como autor da petição *não confere* com o do titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica do documento.

Reafirma, em seguida, os fundamentos da inicial ajuizada nesta eg. *Corte Superior* e pugna pela manutenção do *decisum* de fls. 190-196, que deferiu o pedido suspensivo.

Por manter a decisão recorrida, submeto o feito à col. *Corte Especial*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): *Ab initio*, conheço do recurso, apesar do contido na certidão de fl. 287. Isso porque, consoante a fl. 263 da petição recursal, o Dr. *Herbert Alves Marinho*, signatário do agravo regimental e com poderes a ele substabelecidos (fl. 66), é o *detentor do certificado digital* utilizado para a transmissão eletrônica do documento, estando, portanto, *de acordo* com a Resolução n. 1 da Presidência do eg. *Superior Tribunal de Justiça*, de 10.2.2010.

Contudo, o recurso não merece prosperar, pois o agravante não trouxe argumentos aptos a infirmar as premissas que balizaram a decisão recorrida.

O art. 4º da Lei n. 8.437/1992 estabelece que compete ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, a requerimento do Ministério Público ou da *pessoa jurídica de direito público interessada*, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para *evitar grave lesão* à ordem, saúde, segurança e economia públicas.

No mesmo sentido, está a sedimentada jurisprudência do col. *Superior Tribunal de Justiça*: *v.g.* AgRg na SLS n. 1.681-SP, *Corte Especial*, de *minha relatoria*, DJe de 1º.2.2013 e AgRg na SLS n. 1.257-DF, *Corte Especial*, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, DJe de 14.9.2010.

Não exige o referido dispositivo legal que a pessoa jurídica de direito público interessada tenha sido *parte na ação originária*, mas tão-somente que a decisão por ela atacada *possa lhe causar grave lesão* à ordem, saúde, segurança ou economia públicas.

Como relatado, a discussão no presente incidente se refere ao transporte de 800 cabeças de gado do Estado do Rio Grande do Norte (*área não livre da febre aftosa*) para o Estado do Tocantins (*área livre da referida doença*), sem o cumprimento de exigência normativa, que exige a realização de quarentena na localidade de origem antes do transporte para outra localidade, a fim de se *evitar* a contaminação de rebanhos livres da moléstia citada.

A toda evidência, é *patente o interesse* do Estado do Tocantins no deslinde da *quaestio*. Isso se deve não apenas ao fato de ser uma *área livre da febre aftosa* que receberia animais de *área não livre*, mas também pela *relevância* que a *atividade pecuarista* possui para a economia local. Desse modo, eventual contaminação do rebanho da localidade de destino poderia comprometer a atividade econômica da região.

Sendo assim, o *manifesto interesse* do agravado *denota a sua legitimidade* para formular o pedido de suspensão neste eg. *Superior Tribunal*, razão pela qual *rejeito a preliminar* de ilegitimidade suscitada pelo agravante.

Consoante o entendimento jurisprudencial desta eg. *Corte Superior*, assim como do col. *Supremo Tribunal Federal*, na decisão que examina o pedido de suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um *mínimo juízo de delibação* do mérito contido na ação originária.

Isso porque, na medida de contracautela suspensiva, como em qualquer pretensão provisória (§ 9º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992), urge a verificação

da *plausibilidade* do direito alegado, já que, na visão instrumental do processo, perder-se-ia sentido proteger o improvável.

Nesse sentido, transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto do voto proferido pelo em. Min. *Carlos Velloso*, contido na SS n. 846 AgR-DF, da relatoria do em. Min. *Sepúlveda Pertence*:

> Esse mínimo de delibação do mérito, não importa dizer que a decisão deferitória da contracautela se firme menos nas razões políticas do art. 4º da Lei n. 4.248/1964 e mais nos aspectos de mau direito do impetrante ou na não existência do *periculum in mora*. Não é isto. A delibação do mérito, na decisão que suspende os efeitos da liminar, visa a verificar a plausibilidade ou não do pedido, a firmar-se como roteiro na interpretação das razões referidas no art. 4º da citada Lei n. 4.348/1964 e que foram trazidas, pelo órgão público, ao exame do Presidente do Tribunal.

In casu, o pedido de suspensão ataca v. acórdão prolatado pelo eg. *TRF da 5ª Região* que, por maioria, *deu provimento* a recurso interposto por *Clovis Velloso Freire* contra r. decisão do em. Presidente daquela Corte, que *havia deferido* o excepcional pedido suspensivo para *desobrigar* o Estado do Tocantins de permitir a entrada de 800 cabeças de gado oriundas do Estado do Rio Grande do Norte, sem o preenchimento das condições sanitárias exigidas pela Instrução Normativa n. 44/2007 do MAPA. Inevitável, portanto, observar, ainda que de forma delibatória, o mérito da ação originária, em especial a aplicação do referido normativo, eis que *imprescindível*, no presente caso, ao *exame da grave lesão* aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

Revendo os autos, entendo ser o caso de se *manter* a decisão agravada. O v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de origem está em *dissonância* com o disposto em norma técnica emanada de órgão que detém competência para editar normativos dessa natureza. Ao meu entender, *relativizar* a aplicação da Instrução Normativa n. 44/2007 do Ministério da Agricultura viola o *princípio da prevenção*, que deve ser sobrelevado em questões dessa estirpe.

A ação originária foi ajuizada visando a permitir o transporte de 800 animais bovinos do Estado do Rio Grande do Norte, região *não livre de febre aftosa* e que sofre com *severa intempérie climática e estiagem*, para o Estado do Tocantins, *região livre* da mencionada doença, *sem a observância* do disposto no art. 27 da Instrução Normativa n. 44/2007 do MAPA.

Referida IN, em seu art. 27, assim dispõe:

> Art. 27. *A permissão de ingresso de animais susceptíveis à febre aftosa em zona livre com vacinação fica condicionada ao atendimento dos seguintes requisitos zoossanitários*:
>
> (...)
>
> II - *animais susceptíveis com origem em zona tampão, Unidade da Federação ou parte de Unidade da Federação classificada como BR-3 (risco médio) para febre aftosa ou outra classificação de risco semelhante que venha a ser adotada pelo MAPA*:
>
> a) proceder diretamente da referida região, onde tenham permanecido por, pelo menos, 12 meses anteriores à data de expedição da autorização ou desde o seu nascimento, no caso de animais com menos de 12 meses de idade, e de exploração pecuária onde a febre aftosa não foi oficialmente registrada nos 12 meses anteriores à data do embarque, e que, num raio de 25km a partir dela, a doença não foi registrada nos seis meses anteriores. Os animais não devem apresentar sinais clínicos da doença no dia do embarque;
>
> b) *permanecer isolados por um período mínimo de 30 dias antes do embarque, em local oficialmente aprovado e sob supervisão do serviço veterinário oficial, sendo submetidos a provas laboratoriais para febre aftosa definidas pelo MAPA. As amostras para diagnóstico deverão ser colhidas após 14 dias, no mínimo, do início da quarentena e analisadas em laboratórios pertencentes à Rede Nacional de Laboratórios Agropecuários do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária. A critério do MAPA, as provas de diagnóstico poderão ser dispensadas quando a finalidade for o abate imediato*;
>
> c) quando a finalidade da movimentação não for o abate, no caso de se identificar pelo menos um animal positivo às provas laboratoriais empregadas, todo o grupo de animais deverá ser impedido de ingressar na zona livre de febre aftosa com vacinação. Para fins de abate, nos casos em que os testes de diagnósticos forem exigidos, somente os animais com reação positiva ficarão impedidos de ingressar na zona livre, estando os demais liberados para o trânsito com destino direto ao abatedouro; e
>
> d) no destino, os animais deverão ser mantidos isolados por um período não inferior a 14 dias, em local oficialmente aprovado e sob supervisão veterinária oficial.

Com efeito, o inciso II, alínea **b**, *exige* que a permissão de ingresso de animais *com risco de febre aftosa* em região livre com vacinação seja condicionada à sua permanência, de *modo isolado*, por um período mínimo de 30 dias *antes do embarque*, em local oficialmente aprovado e sob supervisão do serviço veterinário oficial, sendo submetidos a provas laboratoriais definidas pelo MAPA.

Percebe-se, portanto, que o fim ao qual se almeja é *evitar* que o rebanho localizado na região de destino *possa vir a ser contaminado* por animais que estejam, eventualmente, infectados pela doença.

Nesse contexto, *não me parece que a exigência de exames prévios e de segregação dos animais na origem seja requisito dispensável ou passível de relativização no caso concreto*. Ao contrário, entendo que tal exigência visa, a toda evidência, inibir a entrada, na localidade de destino, de animais infectados que possam contaminar os rebanhos sadios e pôr em risco não apenas a *economia e a ordem local*, mas a *saúde dos animais*.

Destaca-se, nesse contexto, o *princípio da prevenção*. Isso porque são *incontestes* os prejuízos que podem advir da contaminação do rebanho local, *caso pelo menos um dos animais transportados esteja acometido pela doença e, consequentemente, infecte animais localizados em região livre da referida moléstia*. Busca-se, assim, evitar a ocorrência de *danos sérios e irreversíveis* caso os animais situados no Estado de destino sejam infectados.

Em situações como tais, em que os animais estão sendo transportados de uma localidade *não livre da febre aftosa para uma região indene*, há um evidente *aumento dos riscos* a que se submeterá o rebanho da localidade de destino, caso seja descumprida a IN n. 44/2007 do MAPA. E não apenas ele, mas *os rebanhos que estejam situados no trajeto entre os Estados do Rio Grande do Norte e do Tocantins*. Para isso, torno a dizer, basta que apenas um dos animais esteja acometido pelo vírus causador da doença e que ela se propague, haja vista que *os modos de contaminação por esta enfermidade são diversos* (*v.g.* transmissão pelo ar, contato com animais infectados ou objetos contaminados pelo vírus).

A *sobrelevação dos riscos*, portanto, permite concluir pela aplicação do *princípio da prevenção*, pois o *perigo de grave dano* ou *de lesão irreversível* é, em tese, passível de ocorrência em caso de contaminação.

Assim, parece-me ser mais *consentâneo com o interesse público*, resguardando a coletividade, a realização dos exames laboratoriais exigidos pelo normativo acima mencionado no *local de origem dos rebanhos, e não no destino*. Caso assim não se proceda, a criação bovina da localidade de destino, estimada na ordem de 12 milhões de cabeças, será colocada em *risco,* o que pode comprometer a *saúde dos animais*.

As conseqüências da manutenção do v. acórdão prolatado pelo eg. *TRF da 5ª Região*, caso haja infecção do rebanho local, serão suportadas por toda coletividade criadora de bovinos no Estado do Tocantins, o que comprometerá, indubitavelmente, a economia da localidade, que possui como um dos seus maiores expoentes o setor pecuário.

Apesar de serem elevados os custos inerentes à manutenção dos animais na localidade de origem pelo agravante, enquanto se dá cumprimento aos normativos aplicáveis, entendo que serão menores do que aquele que toda sociedade da localidade de destino teria de arcar, na hipótese de *contaminação do rebanho na região*, haja vista os reflexos que essa situação traria para a economia e ordem local.

Não deixo de reconhecer a *grave situação à qual os animais estão submetidos no Estado do Rio Grande do Norte* em razão da severa seca que assola a localidade. Sem embargo, a *inexistência de exames prévios* que explicitem, de *modo atual e evidente*, que todos os animais provenientes deste Estado estão livres da referida moléstia pode comprometer o rebanho do local de destino, provocando, assim, *graves danos à saúde dos animais* e, consequentemente, *grave lesão à ordem e economia públicas*.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 874.507-SC (2011/0176049-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Embargante: Valmor Jorge Hammermeister
Advogado: Marcel Tabajara Dias Ruas
Embargado: Carlos José Mondini
Advogado: Valentim Marchi

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Divergência na interpretação do art. 515, § 3º, do CPC. Teoria da causa madura. Aplicação da regra ainda que seja necessário o exame do conjunto probatório pelo Tribunal. Embargos rejeitados.

1. Divergência devidamente demonstrada. Segundo a Quarta Turma, conforme entendimento exposto no acórdão embargado, é possível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ainda que seja necessário o exame do conjunto probatório pelo Tribunal. No entanto, em sentido diametralmente contrário, para a Segunda Turma, a regra ali preconizada não se mostra cabível quando demandar essa providência.

2. A regra do art. 515, § 3º, do CPC deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, do CPC, razão pela qual, ainda que a questão seja de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova (causa madura), poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito.

3. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, A Corte Especial, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Eliana Calmon, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Francisco Falcão e Nancy Andrighi.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Convocados os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo Filho.

Brasília (DF), 19 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por *Valmor Jorge Hammermeister* em desfavor de *Carlos José Mondini*, em que se insurge contra acórdão da Quarta Turma, Rel. Min. *Luis Felipe Salomão*, assim ementado (fl. 227e):

> Direito Processual Civil. Recurso especial. Processo extinto pela primeira instância sem resolução do mérito, após conclusão da instrução do processo. Apreciação de matéria de fato e de direito em julgamento da apelação, após considerada superada a questão da ilegitimidade da parte. Possibilidade. Inviabilização do prequestionamento de matéria de direito. Inocorrência.
>
> 1. A interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso tenha sido propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.
>
> 2. O julgamento, pelo Tribunal de origem, do mérito da "causa madura" não inviabiliza o prequestionamento, pois, além de ser situação prevista em lei, a parte pode opor embargos de declaração para prequestionar matéria relacionada ao julgamento do apelo (*error in judicando* e/ou *error in procedendo*), sem que isso, por óbvio, caracterize pós-questionamento, pois o mérito da demanda não fora apreciado na primeira instância.
>
> 3. Recurso especial não provido.

Sustenta a parte embargante que, no tocante à interpretação da regra do art. 515, § 3º, do CPC, segundo a qual o Tribunal poderá julgar desde logo a lide, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, quando a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, o acórdão embargado, ao decidir ser ela aplicável, ainda que demande o exame de matéria fático-probatória, divergiu do proferido pela Segunda Turma nos autos do REsp n. 829.836-RS, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*.

Argumenta que a interpretação do dispositivo em referência, de modo a "permitir sua aplicação mediante a avaliação de matéria fático-probatória, contraria o seu teor literal" (fl. 238e), devendo prevalecer o princípio do duplo grau de jurisdição.

Decisão de admissibilidade à fl. 254.

A parte embargada, embora intimada, não apresentou impugnação (fl. 258e).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Controvertem-se os autos a respeito da interpretação do art. 515, § 3º, do CPC, que preconiza:

> Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> (...)
>
> § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Segundo o acórdão embargado, embora o dispositivo em tela refira-se à possibilidade de o Tribunal julgar desde logo a lide quando causa que versar "questão exclusivamente de direito", a aplicação dessa regra deve albergar também a hipótese em que demande o exame do conjunto probatório devidamente delineado.

O acórdão apontado como paradigma, proferido pela Segunda Turma nos autos do REsp n. 829.836-RS, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques*, por sua vez, decidiu ser inaplicável a regra do art. 515, § 3º, do CPC, porquanto, naquela hipótese, os temas referentes à prescrição e ao excesso de execução não seriam "matérias rigorosamente de direito, visto que demandam apreciação do conjunto fático dos autos para se aferir a ocorrência de causa interruptiva de prescrição e a cobrança em duplicidade de honorários advocatícios" (fl. 247e). Transcrevo a ementa do acórdão:

> Processual Civil. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade. Matérias de fato levantadas nos embargos à execução e não apreciadas em primeira instância. Acórdão que extrapola o âmbito no art. 515, § 3º, do CPC. Anulação parcial do acórdão para determinar o retorno dos autos à instância singular para apreciar as questões remanescentes.
>
> 1. O art. 515 do CPC foi alterado pela Lei n. 10.352/2001, que lhe inseriu o § 3º, para permitir que o Tribunal, ao julgar a apelação interposta contra sentença terminativa, aprecie desde logo o próprio mérito da demanda, quando verificar

que a causa versa sobre questão exclusivamente de direito e, por conseguinte, esteja em condições de imediato julgamento da causa.

2. O dispositivo em referência elasteceu a devolutividade do recurso de apelação, ao autorizar que o Tribunal local, no exercício do duplo grau de jurisdição, examine matéria não decidida na primeira instância, desde que se trate de feito extinto sem julgamento de mérito. Todavia, para a aplicação da referida regra, denominada pelos doutrinadores por "Princípio da Causa Madura", impõe-se que a causa verse unicamente acerca de matéria de direito.

3. Na hipótese dos autos, a decisão de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito por ausência de título executivo, a teor do disposto no art. 583 do Código de Processo Civil, considerando que as certidões que embasam a execução não são consideradas títulos executivos judiciais, já que não houve participação do Estado nas lides que originaram as certidões. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao recurso, por considerar que os documentos apresentados pela exequente são considerados títulos executivos judiciais, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade. E, com fundamento no art. 515, § 3º, do CPC, ora indicado como violado, passou ao exame da questão meritória atinente à possibilidade de cobrança de verba honorária por serviços prestados por advogado nomeado como defensor dativo diante da inexistência de Defensoria Pública constituída pelo Estado.

4. Todavia, os temas referentes à prescrição e ao excesso de execução, levantados em sede de embargos à execução, não foram apreciados pelo Tribunal de origem, e sequer poderiam ser, pois não são matérias rigorosamente de direito, visto que demandam apreciação do conjunto fático dos autos para se aferir a ocorrência de causa interruptiva de prescrição e a cobrança em duplicidade de honorários advocatícios. Assim, impõe-se a manifestação a respeito de tais temas na primeira instância, o que ficou suprimida, em total afronta ao disposto no art. 515, § 3º, do CPC, na redação da Lei n. 10.358/2001.

5. Recurso especial provido, para manter o acórdão do Tribunal de origem apenas na parte que afastou a preliminar de ausência de título executivo, anulando-o quanto ao resto, e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que em primeiro grau se dê prosseguimento ao processo. (REsp n. 829.836-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.5.2010)

Como se sabe, há divergência jurisprudencial quando os acórdãos em confronto, partindo de quadro fático semelhante, ou assemelhado, adotam posicionamentos dissonantes quanto ao direito federal aplicável: AgRg nos EREsp n. 128.136-RJ, Rel. Min. *Cesar Asfor Rocha*, Segunda Seção, DJ de 8.3.2004.

No caso em exame, a divergência está devidamente demonstrada.

Segundo a Quarta Turma, conforme entendimento exposto no acórdão embargado, é possível a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ainda que seja necessário o exame do conjunto probatório pelo Tribunal. No entanto, em sentido diametralmente contrário, para a Segunda Turma, a regra ali preconizada não se mostra cabível quando demandar essa providência.

Alinho-me ao entendimento exposto no acórdão embargado.

O art. 515, § 3º, do CPC discorre sobre 2 (dois) requisitos indispensáveis para que o Tribunal julgue diretamente a lide quando reforma sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, a saber: a) estiver em condições de imediato julgamento; b) a causa versar questão exclusivamente de direito.

O primeiro fundamento acima refere-se à denominada Teoria da Causa Madura, que permite o julgamento na hipótese em que todas as alegações tenham sido feitas pelas partes e colhidos todos os elementos de prova suficientes para o exame do pedido.

Desse modo, o feito comportará julgamento pelo Tribunal se desnecessária a produção de outras provas, além daquelas apresentadas pelas partes, tal como no caso de julgamento antecipado da lide, de que cuida o art. 330 do CPC, ou quando superada a fase probatória, com plena observância do contraditório e da ampla defesa. Nessas hipóteses, não se discute nenhum vício processual que demande diligência ou saneamento.

O segundo fundamento refere-se à necessidade de que versem os autos sobre questão exclusivamente de direito. Daí a controvérsia.

Na linha do entendimento do acórdão embargado, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, se a causa estiver madura, com as provas admissíveis colhidas, o Tribunal poderá julgar a lide ainda que as questões não sejam exclusivamente de direito, consoante se verifica abaixo (Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 533):

> Causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas. Observe-se, em realidade, que o que realmente interessa para aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, é que a causa comporte imediato julgamento pelo tribunal – por já se encontrar devidamente instruída. Nessas condições, *pouco importa* que a causa apresente questões que não se traduzam em questões "exclusivamente de direito". (grifo nosso)

Com efeito, a regra do art. 515, § 3º, do CPC deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, do CPC, que, por sua vez, dispõe:

> Art. 330. O Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
>
> I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de *direito e de fato*, não houver necessidade de produzir prova em audiência. (grifo nosso)

Em outras palavras, se não há necessidade de produção de provas, ainda que a questão seja de direito e de fato, poderá o Tribunal julgar a lide no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito.

Esse é o entendimento do acórdão embargado, que confere ao art. 515, § 3º, do CPC interpretação sistemática e mais abrangente, consoante atesta o seguinte excerto do voto condutor do julgado (fls. 221-222e):

> À luz das tendências processuais reformistas, preocupadas com a entrega de uma prestação célere ao jurisdicionado, e tendo em vista os princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, o legislador ordinário permitiu ao órgão judicante o julgamento direto do mérito, a despeito de o juiz sentenciante não tê-lo realizado. Cuida-se do chamado "julgamento da causa madura".
>
> Não obstante o art. 515, § 3º, do CPC utilize a expressão "exclusivamente de direito", na verdade não excluiu a possibilidade de julgamento da causa quando não houver necessidade de outras provas.
>
> O mencionado dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 330, o qual permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente sobre questões de direito ou, "sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".
>
> 3.3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois a adequada interpretação do conteúdo do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil é a de que o dispositivo possibilita ao Tribunal, caso tenha sido propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, o julgamento do mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.

Nesse ponto, é oportuno registrar que configura questão de direito, e não de fato, aquela em que o Tribunal tão somente extrai de provas incontroversas, perfeitamente delineadas, construídas com observância do devido processo legal, o direito aplicável, caso em que não há óbice para que incida a regra do art. 515, § 3º, do CPC, porquanto discute, em última análise, a qualificação jurídica dos fatos ou suas consequências legais.

Desse modo, em resumo, a regra do art. 515, § 3º, do CPC deve ser interpretada em consonância com a preconizada pelo art. 330, I, do CPC, razão pela qual, ainda que a questão seja de direito e de fato, não havendo necessidade de produzir prova (causa madura), poderá o Tribunal julgar desde logo a lide, no exame da apelação interposta contra a sentença que julgara extinto o processo sem resolução de mérito.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de divergência.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.297.878-GO (2012/0206719-1)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Embargante: Homero Sabino de Freitas
Advogados: José Balduino de Souza Décio e outro(s)
Lucio Ricardo de Aguiar Duarte
Embargado: Ministério Público do Estado de Goiás
Interessado: Rubens Ribeiro
Interessado: José Gervásio Mamede

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência. Paradigma proferido em sede de ação rescisória. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Julgamento de ação rescisória. Questão federal. Não conhecimento pelo STJ. Competência do Tribunal *a quo*.

1. Acórdão proferido em ação rescisória não é paradigma apto a ensejar a interposição de embargos de divergência.

2. "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório". Súmula n. 515-STF.

3. Compete ao Tribunal *a quo* o julgamento da ação rescisória na hipótese em que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça julgue questão federal diversa da suscitada no pedido rescisório.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes provimento no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Sidnei Beneti, Gilson Dipp e Eliana Calmon, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Castro Meira, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Sidnei Beneti, Gilson Dipp e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin e Luis Felipe Salomão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho.

Convocado o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 13.8.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Homero Sabino de Freitas* com o propósito de que se reforme acórdão da Segunda Turma relatado pelo Ministro Mauro Campbell e assim ementado:

Processual Civil. Ação rescisória. Acórdão de mérito proferido pelo STJ. Competência desta Augusta Corte para conhecer e julgar a ação rescisória destinada a desconstituí-lo. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC. Precedentes.

1. É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Verifica-se que, ao analisar o recurso especial interposto, esta Corte Superior conheceu em parte do apelo, mas lhe negou provimento, apreciando questão de mérito, conforme constatado pelo acórdão recorrido e confirmado pelo ora recorrente em suas razões recursais. Desse modo, com o trânsito em julgado da referida decisão, é indiscutível o cabimento da ação rescisória, bem como a competência do Superior Tribunal de Justiça para o seu julgamento. Incide, por analogia, o prescrito no Verbete n. 249 da Súmula do STF: "É competente o Supremo Tribunal Federal para ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida". Precedentes: AR n. 4.086-RS, Rel. Ministro *Massami Uyeda, Segunda Seção*, julgado em 28.9.2011, DJe 13.10.2011; Rcl n. 5.269-BA, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Primeira Seção*, julgado em 14.9.2011, DJe 20.9.2011; AR n. 2.955-RJ, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Primeira Seção*, julgado em 8.9.2010, DJe 29.9.2010; REsp n. 705.884-SP, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves, Quarta Turma*, julgado em 10.3.2009, DJe 4.8.2009).

3. Assim, a competência para a análise e julgamento da Ação Rescisória é do Tribunal que proferiu a última decisão de mérito.

4. Quanto à violação ao art. 113, § 2º, do CPC "a equivocada formulação de rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo possível a correção do pedido inicial pelo órgão judicante" (EDcl nos EDcl nos EDcl na AR n. 3.418-DF, Rel. Ministra *Eliana Calmon, Primeira Seção*, julgado em 8.10.2008, DJe 20.10.2008). Precedentes: AgRg na AR n. 4.749-SP, Rel. Ministro *Gilson Dipp, Terceira Seção*, julgado em 28.9.2011, DJe 7.10.2011; AR n. 3.851-MG, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção*, julgado em 22.9.2010, DJe 22.10.2010; AgRg na AR n. 4.079-PR, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Seção*, julgado em 13.5.2009, DJe 1º.6.2009; AgRg no REsp n. 755.710-PR, Rel. Ministro *Humberto Martins, Segunda Turma*, julgado em 11.3.2008, DJe 26.3.2008)

5. Apesar desta Corte Superior ter apreciado o mérito da questão em sede de recurso especial, a ação rescisória foi ajuizada contra acórdão do Tribunal de Justiça que não julgou o mérito da causa, ou seja, houve equívoca formulação de rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito, uma vez que nesses

casos, não é possível a remessa dos autos ao juízo competente ante a inviabilidade do Poder Judiciário, de ofício, corrigir o pedido exordial.

6. Recurso especial não provido.

Nos embargos de divergência, a parte sustenta a competência do Tribunal *a quo* para julgamento da ação rescisória, uma vez que a matéria julgada pelo Superior Tribunal de Justiça é diversa da suscitada no pedido rescisório.

Aponta a existência de dissídio entre o entendimento manifestado no aresto impugnado e aquele adotado nos seguintes julgamentos:

Terceira Turma: REsp n. 1.219.276-GO, relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16.11.2011.

Terceira Seção: AR n. 3.851-MG, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22.9.2010.

Os embargos foram admitidos pela decisão de fl. 1.040.

Pela impugnação de fls. 1.046-1.057, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo conhecimento e provimento dos embargos de divergência a fim de que os autos sejam remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás para processamento e julgamento da ação rescisória.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Versam os autos acerca de ação rescisória ajuizada no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás por meio da qual se buscou rescindir acórdão proferido em ação de improbidade administrativa.

O Ministério Público estadual propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa no juízo de primeira instância. A ação foi rejeitada nos termos do art. 295, parágrafo único, I e II, do CPC.

O Ministério Público interpôs apelação, que foi provida. Julgou-se procedente a ação, e os réus foram condenados, entre eles, o ora embargante.

O embargante interpôs recurso especial, alegando questões preliminares (necessidade de análise do voto pelo revisor, inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC e equívoco na dosimetria da pena), bem como questão de mérito

(possibilidade de contratação de advogado para patrocínio de causas pessoais, às expensas do município).

Do especial se conheceu apenas quanto à questão de mérito e, nessa parte, negou-se-lhe provimento.

Após o trânsito em julgado, foi interposta a ação rescisória que deu origem a estes embargos. A ação proposta no Tribunal *a quo* questiona a condenação do embargante em apelação, sem ter-lhe sido dada a oportunidade de instaurar o contraditório e de produzir provas.

O acórdão recorrido (TJGO) entendeu que, uma vez que do recurso especial se conheceu, ainda que em relação a um ponto, compete ao STJ o julgamento da ação rescisória.

Contra esse julgado, foi interposto recurso especial, que deu origem ao acórdão ora embargado.

Observa-se, de início, que o acórdão proferido na AR n. 3.851-MG não pode ser indicado como paradigma, pois não preenche requisito legal necessário à configuração do dissenso interpretativo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é, quanto à interpretação do art. 546, I, do CPC, c.c. o art. 266 do RISTJ, uníssona no sentido de que, para a interposição de embargos de divergência, os acórdãos trazidos a confronto devem ter sido proferidos em sede de recurso especial, não se prestando para tanto julgados exarados em recurso em mandado de segurança, recurso ordinário, conflito de competência, ação rescisória e em agravo regimental em sede de agravo de instrumento, no último caso, quando desprovido, pois, nessa hipótese, não se adentra o mérito do recurso especial.

Passo a analisar a divergência, tendo por base o entendimento manifestado no REsp n. 1.219.276-GO.

A competência para julgamento da ação rescisória por esta Corte é definida com base no juízo de admissibilidade definitivo aqui proferido. Se a admissibilidade é negada, o que resulta no encerramento do recurso sem apreciação de mérito, não se opera a substituição do acórdão recorrido. Nessa situação, o Tribunal *a quo* é competente para processar e julgar a ação rescisória, já que foi ele quem se pronunciou acerca da matéria a ser rescindida. O STJ será competente quando apreciar o mérito do recurso, ou seja, "a questão federal controvertida", ainda que do especial não se conheça.

Esse é o entendimento que se extrai da Súmula n. 249-STF: "É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida."

O critério para definir a competência para o julgamento da rescisória é o fenômeno da substituição (art. 512 CPC) operado com o julgamento do mérito do recurso. É o órgão prolator do último julgamento da causa transitada em julgado que deve apreciar eventual pedido rescisório.

Com essas considerações, conclui-se que, naquelas hipóteses em que várias questões são discutidas no recurso especial, mas apenas uma delas é julgada pelo STJ, a competência deste limita-se ao exame do pedido rescisório respectivo. Se a matéria apreciada pelo STJ é diversa da debatida na ação rescisória, compete ao Tribunal *a quo* o seu julgamento.

Veja-se o Enunciado da Súmula n. 515-STF: "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório".

Tal entendimento é aplicado pelo STJ, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação rescisória. Contribuição destinada ao Incra (0,2%). Exigibilidade da exação após a Lei n. 8.212/1991. Questão não decidida pelo STJ no julgamento do REsp n. 508.413-PR. Competência para processamento da rescisória. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Incidência analógica da Súmula n. 515 do STF. Precedentes.
>
> 1. No que se refere à competência para apreciação da ação rescisória, observa-se que, na origem, o pleito foi proposto pela Fazenda Nacional perante o TRF da 4ª Região, com fundamento no art. 485, V, do CPC, visando desconstituir acórdão que reconhecera a inexigibilidade da contribuição destinada ao Incra (0,2%) após a vigência da Lei n. 8.212/1991.
>
> 2. O Tribunal de origem extinguiu o processo desta ação rescisória, sem resolução do mérito, ao argumento de que o TRF é incompetente para o julgamento da rescisória, tendo em vista que o STJ, nos autos do REsp n. 508.413-PR, dispôs acerca do mérito da demanda originária.
>
> 3. Entretanto, observa-se no aludido recurso especial que a tese defendida pelo particular naquela ocasião dizia respeito à inexigibilidade da contribuição no período que antecedeu a vigência da Lei n. 8.212/1991 e à possibilidade de compensação sem os limites previstos nas Leis n. 9.032 e n. 9.129, de 1995.

4. Nessa conjuntura, cabe a aplicação analógica do Enunciado n. 515 da Súmula do STF, cujo teor estabelece que "a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório".

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.247.648-PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.4.2013.)

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação rescisória. Contribuição destinada ao Incra (0,2%). Exigibilidade da exação. Questão não decidida pelo STJ no julgamento do REsp n. 707.830-SC. Competência para processamento da rescisória. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Súmula n. 515 do STF. Incidência. Precedentes.

1. Cuida-se originariamente de ação rescisória proposta pela Fazenda Nacional perante o TRF da 4ª Região visando desconstituir julgado que reconheceu a inexigibilidade da contribuição destinada ao Incra (0,2%), após a vigência da Constituição Federal de 1988.

2. Por ocasião do julgamento do REsp n. 707.830-SC, o STJ não se pronunciou sobre o objeto da ação rescisória ajuizada pela Fazenda Nacional no âmbito do TRF da 4ª Região, qual seja, a exigibilidade da contribuição destinada ao Incra. Naquela assentada, decidiu esta Corte, no tópico, pela impossibilidade de revisão do acórdão de origem, devido o seu conteúdo eminentemente constitucional. Dessa forma, a Corte Regional é competente para o processamento e julgamento da rescisória.

3. Incide, à espécie, o Enunciado Sumular n. 515, do STF: "a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório."

4. Precedentes: AR n. 4.004-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 2.3.2011, AR n. 3.851-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 22.10.2010, AR n. 1.960-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 22.3.2010, REsp n. 1.219.276-GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 29.8.2011, REsp n. 1.271.041-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 3.10.2011.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.202.314-SC, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 11.11.2011.)

No caso dos autos, ao julgar o REsp n. 681.571-GO, o STJ limitou-se a apreciar se constitui ato de improbidade a contratação de advogado, pago com recursos dos cofres públicos, para defender o acusado de improbidade administrativa.

A ação rescisória, por sua vez, foi ajuizada com base no art. 485, V, do CPC, alegando-se violação literal do art. 515, § 3º, do CPC, pois inaplicável a teoria da causa madura ao caso em exame. Apesar de suscitada, a matéria não foi conhecida no recurso especial:

> No tocante à alegada violação do art. 515, § 3º, do CPC, observo que o seu exame se torna inócuo, na medida em que a apreciação do exame do mérito da causa se deu por dois fundamentos: a) houve exame de mérito pela sentença, podendo ser reapreciado pelo Tribunal; b) ainda que assim não se entendesse, o mérito poderia ser apreciado, nos termos do referido dispositivo. Atacado apenas o segundo fundamento, não pode ser conhecido o recurso nesse ponto, diante da vedação da Súmula n. 283-STF.

Constata-se, assim, que a questão federal apreciada no recurso especial é diversa da que foi suscitada no pedido rescisório. Portanto, a competência para julgar a ação rescisória é do Tribunal de Justiça de Goiás.

Ante o exposto, *conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento* para reformar o acórdão e, por conseguinte, reconhecer a competência do TJGO para o julgamento da ação rescisória.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. Nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Goiás contra José Gervásio Mamede, Homero Sabino de Freitas e Rubens Ribeiro (e-STJ, fl. 27-32), o Tribunal *a quo*, o MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido (e-STJ, fl. 101-110).

O Tribunal *a quo* reformou a sentença, e o acórdão foi impugnado por recurso especial, conhecido, em parte, pela divergência jurisprudencial quanto ao mérito (e-STJ, fl. 460).

Seguiu-se ação rescisória ajuizada por Homero Sabino de Freitas (e-STJ, fl. 02-20), tendo como objeto o procedimento que resultou no acórdão rescindendo, *in verbis*:

"(...) o v. acórdão rescindendo modificou o resultado do julgado, para condenar os requeridos, sem prévia citação, suprimindo-lhes a garantia constitucional da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, violando, de uma só vez, a literalidade das disposições colhidas nos artigos 17,

caput e § 9º da Lei n. 8.429/1992 e art. 515, § 3º, do CPC, além do art. 5º, LIV e LV, da CF/1988" (e-STJ, fl. 03).

O Tribunal *a quo* julgou extinto o processo à consideração de que

"(...) o conhecimento, ainda que parcial, de recurso especial oriundo do acórdão rescindendo, atrai a competência da Corte Superior para processar e julgar futura ação rescisória" (e-STJ, fl. 684).

Sobreveio recurso especial, a que a Segunda Turma negou provimento (e-STJ, fl. 966-984).

Os presentes embargos de divergência atacam esse acórdão indicando como paradigma o acórdão proferido pela Quinta Turma na AR n. 3.851, MG, a teor do qual

"(...) se a matéria tratada na ação rescisória não foi objeto de exame pela decisão rescindenda, da lavra de Ministro desta Corte, mas apenas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, incide no caso o disposto na Súmula n. 515 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório".

2. Pedi vista dos autos porque, em 11 de junho de 2003, a 2ª Seção, no julgamento do AgRg na Ação Rescisória n. 1.115, SP, de que fui relator para o acórdão proclamara que

"Havendo decidido parte do mérito da causa, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, na integralidade, a ação rescisória subsequente, ainda que o respectivo objeto se estenda a tópicos que ele não decidiu".

Na ocasião, assim historiei o estado da jurisprudência, à época, no Supremo Tribunal Federal:

"Duas posições se manifestaram, a respeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Rescisória n. 1.006, MG, Relator o Ministro Moreira Alves, o Tribunal Pleno decidiu que "Sendo o STF competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente" (RTJ n. 86, p. 67).

"Sobre esse problema" – está dito no voto – "manifestou-se, em voto proferido no julgamento da Ação Rescisória n. 128, em 12 de abril de 1946, o

Sr. Ministro Castro Nunes, como se lê nesta passagem de Cordeiro de Mello (O processo no Supremo Tribunal Federal, I, p. 296, Rio de Janeiro, 1964):

'Para o Ministro Castro Nunes, conforme voto proferido no julgamento da Ação Rescisória n. 128, em 12 de abril de 1946, 'A competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer da rescisória subseqüente ao recurso extraordinário, se estende mesmo aos aspectos que não tenham sido focalizados ou às questões não propostas na interposição e julgamento desse recurso'. E acrescentou que 'se o Supremo Tribunal é competente para conhecer de uma parte ou de um dos fundamentos da demanda, o é para os demais aspectos, pelo princípio em virtude do qual a jurisdição especial atrai as demandas conexas que, em linha de princípio, pertenceriam à jurisdição comum, mas que convergem para o juízo especial. A jurisdição comum, chamada local na partilha constitucional das competências, não se prorroga para alcançar as causas da jurisdição especial. É esta que se distende para abranger as da jurisdição comum. Ora, o Supremo Tribunal é por definição uma jurisdição *sui generis,* jurisdição constitucional. Se já se pronunciou sobre um dos aspectos, um só que seja renovado na ação rescisória, é a sua e não a dos tribunais de apelação, a jurisdição que se prorroga para a demanda por inteiro' (DJ, de 9.3.1948, p. 513)'.

Também me parece que, sendo o Supremo Tribunal Federal competente para julgar um dos aspectos da ação rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente" (RTJ n. 86, p. 73).

No julgamento, posterior, da Ação Rescisória n. 932, RJ, relator o Ministro Xavier de Albuquerque, de que não participou o Ministro Moreira Alves, impedido, o Tribunal Pleno decidiu não conhecer da ação, "na parte referente ao tema que não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal" (RTJ n. 93, p. 487).

Atualmente, pelo que se depreende do julgamento da Ação Rescisória n. 1.274-7, Rio de Janeiro, Relator o Ministro Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal voltou à sua antiga orientação (DJU, 20.6.1997).

"9. É certo" – está dito no voto condutor – "que não foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal as questões relativas ao art. 836 (diretamente) e aos arts. 460, 461 e 492, todos da CLT.

10. Mas, como é sabido, em ação rescisória não se exige o requisito do prequestionamento, ao contrário do que sucede com o recurso extraordinário (v. R.T.J. 116/451 e precedentes ali indicados).

11. Por outro lado, diz a Súmula n. 515 do STF: 'A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório'.

Mas, 'sendo o STF competente para julgar um dos aspectos da rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente'.

Assim decidiu o Plenário da Corte, no julgamento da Ação Rescisória n. 1.006, MG, de que foi relator o eminente Ministro Moreira Alves, em data de 8.9.1977".

Decorridos mais de dez anos, a jurisprudência que se consolidou no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é aquela adotada no acórdão indicado como paradigma.

No caso, não tendo o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça decidido acerca das questões ativadas na ação rescisória, competente para processá-la e julgá-la é o Tribunal de Justiça de Goiás.

Voto, por isso, no sentido de conhecer e de dar provimento aos embargos de divergência.

RECLAMAÇÃO N. 7.391-MT (2011/0284225-7)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Reclamante: Marcos Souza de Barros
Advogado: Eduardo Moreira Leite Mahon e outro(s)
Reclamado: Juiz de Direito da 10ª Vara Criminal de Cuiabá-MT
Interessado: Orlando de Almeida Perri e outro

EMENTA

Reclamação. Exceção da verdade. Autoridade com prerrogativa de foro no STJ. Competência. Admissibilidade, processamento e

instrução da *exceptio veritatis*: juízo da ação criminal de origem. Julgamento do mérito: STJ. Possibilidade de o juízo de piso inadmitir a exceção. Ausência de usurpação de competência do STJ. Precedentes. Reclamação improcedente. Pedidos subsidiários prejudicados.

1. O juízo de admissibilidade, o processamento e a instrução da exceção da verdade oposta em face de autoridades públicas com prerrogativa de foro devem ser feitos pelo próprio juízo da ação penal originária que, após a instrução dos autos, admitida a *exceptio veritatis*, deve remetê-los à Instância Superior para julgamento do mérito.

2. Hipótese em que o juízo de piso decidiu pela inadmissibilidade da exceção da verdade, em face da impossibilidade jurídica do pedido, porquanto dissociado do objeto da ação penal em curso. Ausência de usurpação da competência do STJ. Matéria a ser eventualmente impugnada pelas vias recursais ordinárias. Precedentes do STJ e do STF.

3. Reclamação julgada improcedente, com a cassação da liminar anteriormente deferida. Prejudicados, por conseguinte, os pedidos subsidiários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar improcedente a reclamação, com a cassação da liminar anteriormente deferida, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Eliana Calmon votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp, Francisco Falcão e Nancy Andrighi.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Convocados os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Raul Araújo Filho.

Brasília (DF), 19 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: O advogado *Marcos Souza de Barros* ajuizou a *Reclamação n. 6.595-MT*, em que se insurgia contra a Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal de Cuiabá-MT, alegando que a autoridade reclamada, nos autos da Queixa-crime n. 236/2010, usurpou a competência deste Superior Tribunal de Justiça, *ao processar a exceção da verdade* em que figura como Querelante/Excepto o Desembargador *Orlando de Almeida Perri*, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

Naqueles autos, indeferi o pedido de liminar que pretendia o sobrestamento da ação penal em questão, tendo em conta que "o simples processamento formal da exceção da verdade perante o Juízo de primeiro grau não configura usurpação de competência, ao revés, é atribuição daquele Juízo instruir os autos para, após, remetê-los para a Instância Superior julgar a causa."

Não obstante, desta feita, noticiou o Reclamante o superveniente julgamento da exceção da verdade pela autoridade reclamada, que extinguiu o feito sem apreciação do mérito, usurpando a competência deste Superior Tribunal de Justiça.

Pediu, assim, fosse "concedida *medida liminar acauteladora*, determinando-se a *suspensão do andamento processual* da Ação Penal - Proc. n. 236/2010 (166658), Exceção da Verdade - Proc. n. 57/2011 (312178), Exceção de Incompetência - Proc. n. 58/2011 (312252), todos em *trâmite na 10ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá-MT* [...]; *No mérito*, seja julgada *nula a sentença de extinção da exceção da verdade*, determinando seu processamento, para o consequente julgamento, em reconhecimento da competência desta *Corte Superior*, *determinando a suspensão dos atos persecutórios na ação penal até o julgamento final da Exceção da Verdade*".

Proferi a decisão de fls. 204-205, deferindo o pedido de liminar para "suspender o trâmite da ação penal em tela, bem como da correspondente exceção da verdade, cujos autos, depois de devidamente instruídos, deverão ser incontinenti remetidos a esta Superior Instância. Não se aplica tal suspensão à exceção de incompetência, que deve ser regularmente processada."

A MM. Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal de Cuiabá-MT prestou informações às fls. 219-435.

O Requerente peticionou às fls. 441-444, reiterando o pedido de declaração de nulidade da sentença que extinguiu a exceção ajuizada na origem.

Voltou a peticionar à fl. 507, acusando o Juízo de origem de não cumprir a liminar deferida nestes autos.

E novamente manifestou-se às fls. 515-519, insurgindo-se contra atos do Juízo de origem no processamento da causa. Requer a "substituição" do magistrado de piso ou, alternativamente, a "avocação da instrução e a designação da Seção Judiciária Mato-Grossense".

O eminente Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, emitiu parecer às fls. 584-589 pela improcedência da Reclamação, com a consequente cassação da liminar deferida, consoante os fundamentos sintetizados na seguinte ementa:

> Reclamação. Matéria criminal. Competência. Juízo de primeira instância que efetua o julgamento de exceção da verdade oposta contra Desembargador. Artigo 85 do Código de Processo Penal e artigo 105, inciso I, **a**, da Constituição Federal. Decisão que se limita à análise do cabimento da exceção. Inexistência de usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça. Cabe ao juízo singular apreciar a admissibilidade da exceção da verdade, inclusive rejeitá-la sem o exame do mérito, podendo o reclamante servir-se do recurso cabível para discutir o acerto da decisão respectiva. Parecer pela improcedência do pedido e consequente cassação da liminar.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): De fato, o processamento e a instrução da Exceção da Verdade oposta em face de autoridades públicas com prerrogativa de foro devem ser feitos pelo próprio juízo da ação penal originária que, após a instrução dos autos, deve remetê-los à Instância Superior para julgamento, conforme jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, *v.g.*: HC n. 53.301-PR, Rel. Ministro *Felix Fischer, Quinta Turma*, DJ de 4.9.2006; ExVerd n. 44-SP, *Corte Especial*, Rel. Ministra *Eliana*

Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro *Nilson Naves*, DJ de 5.9.2005; AgRg na ExVerd n. 40-BA, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial*, DJ de 23.8.2004; REsp n. 79.046-CE, *Sexta Turma*, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, DJ de 2.3.1998; HC n. 3.458-PE, *Corte Especial*, Rel. Ministro *Assis Toledo*, DJ de 25.9.1995.

E ainda: Inq n. 1.754-ES, *Tribunal Pleno*, Rel. Ministro *Sydney Sanches*, DJ de 14.12.2001; HC n. 74.649-SP, *Primeira Turma*, Rel. Ministro *Ilmar Galvão*, DJ de 11.4.1997; AP-QO-QO n. 305-DF, *Tribunal Pleno*, Rel. Ministro *Celso de Mello*, DJ de 10.9.1993; EV n. 522-RJ, *Tribunal Pleno*, Rel. Ministro *Carlos Velloso*, DJ de 3.9.1993; EV-QO n. 541-DF, *Tribunal Pleno*, Rel. Ministro *Sepúlveda Pertence*, DJ de 2.4.1993.

Não obstante, a questão que se põe nos presentes autos é outra, qual seja, é saber se o juízo criminal, responsável pela instrução da exceção da verdade, pode perfazer um *juízo negativo de admissibilidade* da *exceptio veritatis*, sem adentrar no mérito. E, segundo precedentes desta Corte e do Excelso Supremo Tribunal Federal, a competência por prerrogativa de foro é só para o *julgamento do mérito* da exceção, cabendo ao juízo de origem a admissibilidade e a instrução do feito. A propósito:

> Crimes contra a honra. Querelante (jurisdição do STJ). Exceção da verdade (competência).
>
> 1. Quando oposta a exceção da verdade, compete, sem dúvida, ao Superior Tribunal julgá-la se o querelante for pessoa sujeita à sua jurisdição (Cód. de Pr. Penal, art. 85).
>
> 2. Todavia *a competência do Superior diz respeito unicamente ao julgamento; deve, pois, a exceção, antes, submeter-se, na origem, à admissibilidade e à instrução*.
>
> 3. Autos baixados para tal fim. (ExVerd n. 44-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 2.3.2005, DJ 5.9.2005, p. 194)

> Exceção da verdade em processo no qual figura, como excepto, autoridade que desfruta de competência por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça.
>
> 1. Em caso tal, a competência do STJ restringe-se apenas ao julgamento da exceção.
>
> 2. *Compete ao juiz do processo a decisão de admissibilidade da exceção, bem como lhe compete o procedimento de colheita das provas*.
>
> 3. Precedentes do STJ: HC n. 3.458, ExVerd-01 e REsp n. 79.046.

> 4. Exceção não conhecida, remetendo-se os autos à origem. (ExVerd n. 25-SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 2.2.2000, DJ 2.10.2000, p. 134)

Nesse sentido, foi o douto parecer do eminente Procurador-Geral da República, apoiado em precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal. Confiram-se, a propósito, os seguintes fundamentos extraídos da manifestação ministerial, ora encampados:

> 10. No caso, a Juíza de Direito Flávia Catarina Oliveira de Amorim Reis, da 10ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá-MT, no exercício do juízo que lhe cabia, rejeitou a Exceção da Verdade n. 10531-56/2011 sem examinar o mérito (e-STJ fls. 241-267), muito embora tenha inserido em determinado ponto do ato jurisdicional alguns precedentes jurisprudenciais que destacam a inexistência de prova da veracidade dos fatos imputados ao querelante/excepto.
>
> 11. De fato, a *exceptio veritatis* foi inadmitida na instância de origem, o que afasta a análise do tema de fundo, valendo destacar, em especial, alguns trechos daquela decisão:
>
> > (...) não se pode olvidar que inexiste a possibilidade jurídica do pedido desta Exceção, qual seja a de "confirmar a responsabilidade dos Exceptos, sendo o primeiro desembargador de Tribunal de Justiça e o segundo Juiz de Direito pela prática de atos administrativos irregulares", conforme almeja o Excipiente, vez que este se restringe a aduzir que "demonstrou as ilegalidades praticadas, sob a responsabilidade dos Exceptos, em Ação Popular", e não nesta Exceção, principalmente quando se lê da sua inicial que nas ações cíveis em curso, atribuiu aos Exceptos condutas administrativas que entende ser lesivas ao patrimônio público e à moralidade administrativa, o que *não* é objeto da ação penal principal, a qual pretende extinguir pela via indireta desta Exceção.
> >
> > (…)
> >
> > Ora, na queixa-crime os Exceptos-Querelantes atribuem ao Excipiente-Querelado condutas tipificadas como delitos contra a honra – calúnia, difamação e injúria – que *não guardam relação direta* com os argumentos apresentados na inicial desta Exceção, os quais se referem ao objeto das ações e representações que interpôs contra os Exceptos-Querelantes, nos Juízos competentes, conforme se lê do resumo de seus argumentos constantes do relatório acima desta decisão, não lhe sendo permitido, em nosso sistema legal, exercer a sua cidadania, garantido no inciso LXXIII do Art. 5º da Constituição da República, com a Ação Popular e demais ações e representações, em detrimento do direito dos Exceptos-Querelantes de ter também livre acesso ao Poder Judiciário, para combater lesão às

> suas honras, através de ação penal de iniciativa privada, nos termos do inciso XXXV do Art. 5º da Constituição da República, sob pena de ferir-se o Princípio da Isonomia, garantia de todos os brasileiros, por força do *caput* do Art. 5º da Constituição da República. (...)

12. São adequadas, para a decisão da questão proposta, as seguintes passagens do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Questão de Ordem suscitada na Exceção da Verdade n. 541-DF1:

> A solução que restringe a competência do Supremo Tribunal, na hipótese do art. 85 C. Proc. Penal, ao só Tribunal, na hipótese do art. 85 C. Proc. Penal, ao só julgamento da exceção da verdade oposta a ofendidos que gozem do foro por prerrogativa de função da Corte, já se sedimentou em nossa jurisprudência.
>
> (...) a competência do juiz da causa – ao menos, originariamente –, para o juízo de admissibilidade da exceção tem por si razões de peso.
>
> (…)
>
> 10. É que (…) a admissão da *exceptio veritatis* é juízo imbricado inextrincavelmente com aspectos do mérito da ação penal, a começar pela qualificação jurídica do fato imputado ao réu na queixa ou na denúncia.
>
> (…)
>
> 12. Ora, esse juízo, ainda que de delibação liminar, sobre a classificação jurídica da imputação objeto do processo penal condenatório, há de ser reservado ao juízo competente para julgá-lo, ainda quando constitua prejudicial da admissibilidade da exceção, que, se e quando admitida, será – mas apenas ela – decidida por juízo diverso.
>
> 13. A admissão da *exceptio* contém afirmação da relevância da veracidade da ofensa incriminada para a decisão da causa, matéria que se insere, por isso, no âmbito da competência para julgá-la. (...)

13. Dessa forma, o eventual desacerto da obstaculização do processamento da exceção da verdade pelo Juízo singular pode ser sustentado pelo reclamante em recurso específico previsto na legislação processual penal, evidenciando-se que a presente via não comporta tal discussão.

14. Nesse cenário, a liminar anteriormente deferida não pode subsistir, ficando prejudicados os pedidos formulados pelo autor às fls. 441-444, 507 e 515-519 (e-STJ).

15. Ante o exposto, manifesta-se o Procurador-Geral da República pela improcedência da presente Reclamação, com a consequente cassação da medida liminar deferida. (fls. 587-589)

Ante o exposto, *julgo improcedente* a presente Reclamação, cassando a liminar anteriormente deferida. Prejudicados estão, por conseguinte, os pedidos subsidiários às fls. 441-444, 507 e 515-519.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.150.429-CE (2009/0131063-8)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogada: Lenymara Carvalho e outro(s)
Recorrido: Maria Neuza Pereira Lima
Advogado: Arnaud Maia dos Santos Junior
Interessado: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"
Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

Recurso especial. Repetitivo. Rito do art. 543-C do CPC. Sistema Financeiro da Habitação. Legitimidade ativa do cessionário de contrato de mútuo. Lei n. 10.150/2000. Requisitos.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1 Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25.10.1996 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

1.2 Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei n. 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3 No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25.10.1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide prosseguindo no julgamento, a Corte Especial, por maioria, conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 10.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto pela *Caixa Econômica Federal - CEF*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que concluiu pela legitimidade *ativa ad causam* do cessionário para ajuizamento de feitos alusivos ao mútuo habitacional, restando assim sumariado o acórdão:

> Processo Civil e Civil. SFH. "Contrato de gaveta". Legitimidade *ad causam* da parte autora. Necessidade de prova pericial. Impossibilidade de se examinar as alegações suscitadas pela parte. Anulação da sentença.

> 1. Admite-se a legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação judicial, nos casos em que terceiros se subrogam nos direitos e obrigações de contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, através do denominado "contrato de gaveta". Precedentes do STJ e deste Tribunal.
>
> 2. Na Ação Ordinária onde se discutem, além de outras questões, o cumprimento do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, o reajuste das prestações, a aplicação da taxa de juros, a cobrança de juros sobre juros, que pode configurar a existência de anatocismo, no Sistema de Amortização do saldo devedor, denominado "Tabela Price", faz-se necessária a realização de prova pericial que poderá oferecer elementos que permitam a solução da controvérsia.
>
> 3. Sentença anulada, de ofício. Devolução dos autos ao Juízo de origem para que se promova a produção de prova pericial, indispensável ao exame do mérito. Apelação provida (fl. 190 e-STJ).

Nas razões do apelo nobre (fls. 194-200 e-STJ), a recorrente alega violação do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do art. 586 do Código Civil, arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil e art. 20 da Lei n. 10.150/2000. Sustenta, em síntese, a ilegitimidade ativa *ad causam* de terceiro que celebrou avença de cessão de direitos do contrato de mútuo firmado sem interveniência da instituição financeira.

Em contrarrazões (fls. 209-211 e-STJ), a recorrida aduz a legitimidade para discutir a demanda ao argumento de que "a Lei n. 10.150/2000, nos arts. 20 e 21, reconhece como legítimos os contratos de gaveta firmados até 25.10.1996, e no caso dos autos o contrato foi celebrado em 19/04/1996".

Na origem, o recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia (fl. 213 e-STJ).

Após as contrarrazões (fls. 209-211 e-STJ), o recurso especial foi admitido na origem como representativo de controvérsia.

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito, qual seja a legitimidade do adquirente de imóvel por meio de "*contrato de gaveta*" para demandar em juízo a revisão de cláusulas pactuadas em contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o julgamento do presente recurso foi afetado à Corte Especial deste Tribunal Superior, cumprindo o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

Acerca da controvérsia, as entidades abaixo se posicionaram da seguinte forma:

1) *A Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN*: manifestou-se no sentido de que "a legitimidade conferida ao cessionário para discussão em juízo do contrato de gaveta não se relaciona à data da celebração da cessão, mas sim à efetiva anuência do credor, única circunstância capaz de atribuir eficácia ao respectivo instrumento" (fl. 310 e-STJ).

2) *A Defensoria Pública da União*: afirmou, em suma, que os cessionários de mútuo financeiro, cujos contratos tenham sido firmados até 25 de outubro de 1996, detêm legitimidade ativa para pleitear revisão de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, porque a Lei n. 10.150/2000 dispõe que tais contratos firmados até essa data independem da anuência da instituição financiadora para serem regularizados.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra o Subprocurador-Geral da República João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho (fls. 254-257 e-STJ), opina pelo provimento do recurso especial ao argumento de que "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o cessionário do chamado 'contrato de gaveta' não tem legitimidade para pleitear a transferência de financiamento de imóvel firmado entre a instituição financeira e o mutuário original, sem que haja consentimento do primeiro". Cita como precedentes: REsp n. 1.102.757-CE, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 24.11.2009, e AgRg no REsp n. 1.083.895-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 19.5.2009.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): De início, o recurso especial não reúne condições de admissibilidade no tocante à alegada ofensa ao disposto no art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois a Corte estadual não analisou o referido dispositivo legal, consoante se verifica do voto condutor do acórdão de apelação (fls. 181-191 e-STJ).

Ademais, não foram opostos embargos de declaração com o intuito de provocar o exame acerca do dispositivo legal impugnado. Dessa forma, fica caracterizada a ausência do necessário prequestionamento viabilizador do acesso à via excepcional (Súmula n. 282 do STF).

Contudo, o recurso especial reúne condições de admissibilidade quanto à aventada violação do art. 586 do Código Civil, dos arts. 3º e 6º do Código de

Processo Civil e art. 20 da Lei n. 10.150/2000, haja vista que a matéria federal resultou efetivamente prequestionada.

O cerne da irresignação recursal cinge-se à discussão acerca da legitimidade do mutuário cessionário de contrato celebrado entre o mutuário cedente e a instituição financeira para demandar em juízo a revisão de cláusulas contratuais.

A Lei n. 8.004/1990, que dispõe a respeito da transferência de financiamento no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, em seu art. 1º, parágrafo único, previa como requisitos para a transferência a terceiros de direitos e obrigações decorrentes do contrato a intervenção obrigatória do agente financeiro e a assunção do saldo devedor pelo novo mutuário.

No entanto, com a edição da Lei n. 10.150/2000, em seu art. 20, *caput*, restou estabelecido o seguinte:

> Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.

Desse modo, os contratos celebrados *sem a interveniência da instituição financeira até 25.10.1996* podem ser regularizados nos termos da Lei n. 10.150/2000.

No tocante à regularização dos contratos celebrados até 25.10.1996, os artigos 22 e 23 da Lei n. 10.150/2000, que também alterou a redação do parágrafo único do art. 1º e dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.004/1990, determinam:

> Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º desta Lei, *o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada* ***sem a interveniência*** *da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS*, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no inciso VI do art. 20 da Lei n. 8.036, de 1990.
>
> § 1º A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.

§ 2º Para os fins a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser admitida a apresentação dos seguintes documentos:

I - contrato particular de cessão de direitos ou de promessa de compra e venda, com firma reconhecida em cartório em data anterior à liquidação do contrato, até 25 de outubro de 1996;

II - procuração por instrumento público outorgada até 25 de outubro de 1996, ou, se por instrumento particular, com firma reconhecida em cartório até 25 de outubro de 1996.

Art. 23. Os contratos firmados no SFH, *sem cobertura do FCVS, poderão,* ***a critério da instituição financiadora****, ser novados entre as partes, estabelecendo-se novas condições financeiras* relativas a prazo, taxa nominal de juros, apólice de seguro, sistema de amortização e plano de reajuste, preservando-se para a operação, enquanto existir saldo devedor, a prerrogativa de os mutuários utilizarem os recursos da conta vinculada do FGTS nas modalidades previstas nos incisos V e VI do art. 20 da Lei n. 8.036, de 1990.

(...)

Art. 1º (...)

Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora.

Art. 2º *Nos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventual saldo devedor residual pelo FCVS, a transferência dar-se-á mediante simples substituição do devedor*, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e obrigações do contrato original, desde que se trate de financiamento destinado à casa própria, observando-se os requisitos legais e regulamentares, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal.

Art. 3º *A critério da instituição financiadora, as transferências poderão ser efetuadas mediante assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação, atualizado* pro rata die da data do último reajuste até a data da transferência, observados os percentuais de pagamento previstos no *caput* e nos incisos I, II e III do art. 5º desta Lei e os requisitos legais e regulamentares da casa própria, *vigentes para novas contratações, inclusive quanto à demonstração da capacidade de pagamento do cessionário em relação ao valor do novo encargo mensal* (grifou-se).

A análise dos artigos acima transcritos revelam que a investigação acerca da legitimidade ativa do cessionário mutuário para propor ação em nome próprio, *para os contratos celebrados até 25.10.1996*, deve ser examinada partindo-se da

premissa da existência ou não da cláusula contratual de cobertura pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS.

Assim, na hipótese de *contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS*, nos termos dos arts. 20 e 22 da Lei n. 10.150/2000 e 2º da Lei n. 8.004/1990, é possível a regularização do contrato de cessão de direito sobre imóvel financiado, conhecido como "contrato de gaveta", sem a intervenção da mutuante, pois a transferência se dá mediante a substituição do devedor, mantidas para o novo mutuário as mesmas condições e obrigações do contrato original, ou seja, o cessionário é equiparado à condição de mutuário, o que importa na sua legitimidade ativa para o ajuizamento de ação tendo como objeto a respectiva avença.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

> Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. "Contrato de gaveta". Lei n. 10.150/2000. Legitimidade ativa do cessionário.
>
> 1. A Lei n. 8.004/1990, no seu art. 1º, previu expressamente que a transferência dos contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação somente poderia ocorrer com a anuência do agente financeiro.
>
> *2. Entretanto, com o advento da Lei n. 10.150/2000, o legislador permitiu que os "contratos de gaveta" firmados até 25.10.1996 sem a intervenção do mutuante fossem regularizados (art. 20), reconhecendo ainda o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, o cessionário, nessas condições, tem legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.*
>
> 3. Precedente da Segunda Turma no REsp n. 705.231-RS.
>
> 4. Recurso improvido.
>
> (REsp n. 705.423-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 20.2.2006 - grifou-se).

> Direito Processual Civil e Administrativo. SFH. Imóvel financiado. Cessão. Legitimidade ativa do cessionário. Aquisição de mais de um imóvel. Mesma localidade. Cobertura do FCVS ao segundo imóvel. Leis n. 8.004/1990 e n. 8.100/1990. Fundamento inatacado do acórdão recorrido. Súmula n. 283-STF. Divergência jurisprudencial. Súmula n. 83-STJ.
>
> 1. O recorrente não impugnou o fundamento do Tribunal *a quo* segundo o qual não se vislumbra subsunção exeqüível ao caso, ainda mais quando a ação prosseguiu entre as partes remanescentes, com julgamento favorável à autora. Incidência da Súmula n. 283-STF.

2. "O adquirente de imóvel através de 'contrato de gaveta', com o advento da Lei n. 10.150/200, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos" (REsp n. 705.231-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.5.2005).

3. As restrições veiculadas pelas Leis n. 8.004 e n. 8.100, ambas de 1990, à quitação pelo FCVS de imóveis financiados na mesma localidade não se aplicam aos contratos celebrados anteriormente à vigência desses diplomas legais.

4. A Lei n. 4.380/1964, vigente no momento da celebração dos contratos, conquanto vedasse o financiamento de mais de um imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, não impunha como penalidade a seu descumprimento a perda da cobertura pelo FCVS.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp n. 986.873-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 6.11.2007, DJ 21.11.2007- grifou-se).

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial interpretação de matéria constitucional. Impropriedade da via eleita. Sistema Financeiro de Habitação. FCVS. Cessão de obrigações e direitos. "Contrato de gaveta". Transferência de financiamento. Ausência de concordância da mutuante. Possibilidade. Precedentes do STJ.

1. Ação ordinária ajuizada por cessionário, em face do agente financeiro, objetivando a revisão de cláusula contratual e de débito, referente a contrato de financiamento imobiliário com cobertura pelo FCVS.

2. A pretensão de exame de dispositivo constitucional é inviável em sede de recurso especial, uma vez que a competência traçada para este Tribunal restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional (Precedentes: REsp n. 705.744-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 5.12.2005; e REsp n. 686.724-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 3.10.2005).

3. A Lei n. 8.004/1990 estabelece como requisito para a alienação a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda.

4. Nada obstante, a Lei n. 10.150/2000 prevê a possibilidade de regularização das transferências efetuadas sem a anuência da instituição financeira até 25.10.1996, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692/1993, o que revela a intenção do legislador de possibilitar a regularização dos cognominados "contratos de gaveta", originários da celeridade do comércio imobiliário e da negativa do agente financeiro em aceitar transferências de titularidade do mútuo sem renegociar o saldo devedor.

5. Deveras, consoante cediço, o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos, porquanto sustentáculo do postulado da segurança jurídica, é princípio mitigado, posto sua aplicação prática estar condicionada a outros fatores, como, por *v.g.*, a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

6. O Código Civil de 1916, de feição individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos vínculos. Por seu turno, o Código Civil de 2002 inverteu os valores e sobrepôs o social em face do individual. Desta sorte, por força do Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar o contrato. Hodiernamente, prevalece na interpretação o elemento objetivo, vale dizer, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

7. Sob esse enfoque, o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais.

8. Deveras, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, porquanto função da seqüela, o titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outrem distinto da pessoa do devedor.

9. Dessarte, referida regra não alcança as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH, posto que para esse fim há lei especial – Lei n. 8.004/1990 –, a qual não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda, em sintonia com a regra do art. 303, do Código Civil de 2002.

10. Com efeito associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 do Novel Código Civil – da assunção de dívida –, dispondo o art. 303 que "o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento."

11. *Ad argumentadum tantum*, a Lei n. 10.150/2000 permite a regularização da transferência imóvel, além de a aceitação dos pagamentos por parte da Caixa Econômica Federal revelar verdadeira aceitação tácita. Precedentes: EDcl no REsp n. 573.059-RS, desta relatoria, DJU de 30.5.2005 e REsp n. 189.350-SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 14.10.2002).

12. *Consectariamente, o cessionário de imóvel financiado pelo SFH é parte legítima para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos através dos cognominados "contratos de gaveta", porquanto com o advento da Lei n. 10.150/2000, o mesmo teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo* (REsp n. 705.231-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.5.2005; e REsp n. 753.098-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 3.10.2005)

13. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 627.424-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.3.2007, DJ 28.5.2007- grifou-se).

Processual Civil. Recurso especial. Financiamento de imóvel pelo SFH. Cobertura pelo FCVS. Cessão de direitos celebrada sem a intervenção da entidade financeira. "Contrato de gaveta". Legitimidade do cessionário para propositura de ação revisional.

I - *"O adquirente de imóvel através de 'contrato de gaveta', com o advento da Lei n. 10.150/200, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos" (REsp n. 705.231-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.5.2005).*

II - Recurso especial provido.

(REsp n. 888.572-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 26.2.2007 - grifou-se).

Por outro lado, tratando-se de *contrato de mútuo sem cobertura do FCVS*, a transferência de direitos e obrigações referentes ao imóvel financiado pelo SFH não é automática, somente ocorrerá a critério da instituição financeira, que estabelece novas condições para o ajuste, conforme o previsto no art. 3º da Lei n. 8.004/1990, com a redação dada pela Lei n. 10.150/2000, e no art. 23 da Lei n. 10.150/2000, de modo que o terceiro adquirente só terá legitimidade ativa para ajuizar ação relacionada ao mencionado contrato de cessão se o agente financeiro tiver concordado com a transação.

Cumpre registrar que o cessionário possui, tão somente, legitimidade para requerer a regularização do financiamento, nos termos do art. 20 da Lei n. 10.150/2000, c.c. o art. 23 da mesma norma.

Desse modo, o fato de o contrato ter sido celebrado em momento anterior a 25.10.1996 não é suficiente, por si só, para habilitar a sua transferência sem a anuência do mutuante.

A esse respeito:

> Recurso especial. SFH. Contrato de mútuo. Contrato de gaveta. Transferência. Ausência da participação do agente financeiro. Art. 20 da Lei n. 10.150/2000. Contrato de cessão de direitos e obrigações anterior a 25.10.1996. Possibilidade de regularização. Necessidade de atendimento das exigências do Sistema Financeiro da Habitação segundo normas estabelecidas pela Lei n. 8.004/1990. Ilegitimidade ativa do cessionário para pleitear em juízo a transferência compulsória. Recurso provido.
>
> 1. O art. 20 da Lei n. 10.150/2000 prevê que as transferências no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, desde que celebradas entre mutuário e adquirente até 25.10.1996, sem a participação do agente financeiro, poderão ser regularizadas, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692/1993.
>
> *2. A Lei n. 8.004/1990 foi editada para disciplinar as transferências de financiamento firmando sob a égide do SFH, e, assim, não se revela coerente a inexigibilidade da anuência do agente financeiro na relação negocial firmada entre as partes, dispensando-se a qualificação do cessionário segundo os critérios legais que regem o SFH que, a rigor, são exigidos do mutuário originário.*
>
> 3. O cessionário não tem legitimidade ativa para pleitear, em juízo, a transferência compulsória da titularidade do contrato de financiamento do imóvel firmando entre o agente financeiro e o mutuário originário.
>
> 4. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 1.102.757-CE, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 24.11.2009, DJe 9.12.2009-grifou-se).

> Agravo regimental. Recurso especial. Contrato de gaveta. Interveniência do agente financiador. Ausência. Ilegitimidade *ad causam* do cessionário. Precedentes.
>
> *1 - A cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende às exigências do Sistema Financeiro da Habitação.* (REsp n. 783.389-RO - *Corte Especial*).
>
> 2 - Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.107.963-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 17.8.2009 - grifou-se).

> Recurso especial. Contrato de financiamento imobiliário. SFH. Cessão de direitos sem anuência da instituição financeira. Contrato de gaveta. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

> 1. O art. 22, da Lei n. 10.150/2000, somente autoriza a equiparação do terceiro adquirente, que obteve a cessão do financiamento sem a concordância do agente financeiro, ao mutuário originário, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, se o contrato de mútuo possui a cobertura do aludido Fundo e a transferência ocorreu até 25 de outubro de 1996.
>
> *2. No caso de contrato sem cobertura do FCVS, o art. 23, da Lei n. 10.150/2000, estabelece que a novação ocorrerá a critério da instituição financeira, estabelecendo-se novas condições financeiras*.
>
> 3. Não tem legitimidade ativa, para ajuizar ação postulando a revisão de contrato de financiamento vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, terceiro ao qual o contrato foi transferido fora das condições estabelecidas na Lei n. 10.150/2000.
>
> 4. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp n. 1.171.845-RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18.10.2011, DJe 18.5.2012 - grifou-se).

Ainda quanto ao ponto, cumpre destacar esclarecedor trecho do voto proferido pela Ministra Maria Isabel Gallotti quando do julgamento do REsp n. 1.171.845-RJ perante a Quarta Turma:

> O motivo do tratamento diferenciado é óbvio: no caso de contratos com cobertura pelo FCVS o risco imposto à instituição financeira é apenas relacionado ao pagamento das novas prestações pelo novo mutuário, ao qual o contrato foi transferido sem a sua interveniência. O saldo devedor residual será garantido pelo Fundo. Já na hipótese de contrato sem cobertura pelo FCVS, a lei não impôs este risco à instituição financeira, deixando-lhe a possibilidade de aceitar a transferência, segundo seu critério e mediante novas condições financeiras.

No que se refere à cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do SFH *firmada após 25.10.1996*, a concordância da instituição financeira é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para ajuizar ação revisional de cláusulas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem a cobertura do mencionado Fundo.

A propósito:

> Processo Civil. Recurso especial. SFH. Legitimidade ativa do cessionário de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação. Cessão de direitos realizada após outubro de 1996. Anuência da instituição financeira. Antecipação de tutela. Súmula n. 7-STJ.

1. Tratando-se de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25 de outubro de 1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquirida legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag n. 922.684-DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 28.4.2008).

Civil e Administrativo. Agravo interno em recurso especial. SFH. FCVS. Cessão de posições contratuais. Terceiro sub-rogado. Legitimidade *ad causam* para revisional. Cessão operada em desacordo à lei.

1. A validez do ato de cessão de posição contratual de mutuário a terceiro, no âmbito de um contrato de mútuo subordinado às regras do Sistema Financeiro de Habitação, sem o *placet* do agente financeiro e seus reflexos na legitimidade para ações revisionais, é matéria resolvida na Corte.

2. O art. 1º da Lei n. 8.004/1990 estabeleceu que a transferência dos contratos de mútuo (*rectius*, cessão de posições contratuais), no STF, somente poderia ocorrer mediante anuência do estabelecimento bancário. A superveniente vigência da Lei n. 10.150/2000 inaugurou um período de graça para os mutuários em situação irregular, na medida em que a falta da manifestação do financiador passaria a ser tida como invalidade sanável. Ademais, o sub-rogado poderia, doravante, figurar em relações jurídicas, materiais ou processuais, como titular dos direitos e ações emergentes do negócio jurídico.

Por esse efeito, a jurisprudência, de há muito, chancelou que, "nessas condições, tem legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos." (REsp n. 705.423-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20.2.2006.)

3. Com isso, fixou-se a seguinte diferenciação: "*Tratando-se de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25 de outubro de 1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquirida legitimidade ativa para requerer a revisão das condições ajustadas.*" (REsp n. 565.445-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 7.2.2007.)

4. Na espécie, as circunstâncias analisadas no Tribunal Federal afastam a possibilidade de o recorrente ser favorecido pela exceção.

A cessão é posterior ao limite estabelecido na lei, hipótese na qual se fazia necessária a intervenção da instituição credora (REsp n. 888.572-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 26.2.2007.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 980.215-RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.5.2008, DJe 2.6.2008 - grifou-se).

> Agravo regimental. Agravo de instrumento. SFH. Legitimidade ativa. Cessionário. Cessão de direitos realizada após outubro de 1996. Anuência da instituição financeira. Necessidade. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.
>
> *1. Nos contratos posteriores a 25 de outubro de 1996, a anuência do agente financeiro mutuante é medida que se impõe à configuração da legitimidade ativa do cessionário para discussão de direitos e obrigações oriundos do pacto de mútuo firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação. Precedente.*
>
> 2. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no Ag n. 1.006.713-DF, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 22.2.2010- grifou-se).

> *Administrativo. Sistema Financeiro da Habitação. Transferência do financiamento.* ***Intervenção do agente financeiro. Indispensabilidade. Aplicação do artigo 1º da Lei n. 8.004/1990 e do art. 20 da Lei n. 10.150/2000.*** *Súmula Vinculante n. 10-STF. Recurso provido.*
>
> (REsp n. 721.232-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2.10.2008, DJe 13.10.2008)

A respeito da importância da autorização do agente financeira para validar o chamado "*contrato de gaveta*", instrumento de transferência de imóvel financiado por meio do Sistema Financeiro da Habitação, oportuna é a transcrição de passagem do voto proferido no julgamento do REsp n. 783.389-RO, Relator Ministro Ari Pargendler, perante a Corte Especial:

> Os mútuos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação são contratos de natureza peculiar em que, paralelamente ao interesse das partes, está presente o interesse público, desde logo caracterizado pelo fato de que dita as cláusulas tanto ao mutuante quanto ao mutuário. Por exemplo, não é qualquer pessoa que pode se habilitar a esse tipo de financiamento. É preciso, entre outras condições, que faça prova de rendimentos capazes de suportar a prestação mensal para tutelar os recursos emprestados, cuja gestão constitui responsabilidade do Poder Público. Esse objetivo ficaria obviamente comprometido se a exigência fosse dispensada daqueles que viessem a adquirir, mediante operações posteriores, os imóveis hipotecados. Quer dizer, à parte sua aparente impessoalidade, o Sistema Financeiro da Habitação sempre foi seletivo do ponto de vista econômico (sem o que não poderia subsistir). A solvabilidade de quem quer financiar a casa própria é requisito indispensável ao status de mutuário. Assim, muito embora celebrado sob os auspícios do Poder Público, esse mútuo hipotecário não se diferencia dos demais quanto ao seu caráter pessoal. O agente financeiro contrata com uma pessoa, e não com outra. Como corolário, a cessão do negócio, nele como

nos outros, depende da contraparte. A transferência incondicionada só pode se processar por exceção, quando prevista no ajuste.

Pela lógica contratual, o Sistema Financeiro da Habitação já tinha, na sua pureza originária, motivos bastantes para selecionar os seus mutuários. Mas, ao longo do tempo, se somou o de que a equação econômico-financeira dos contratos ficou inadequada à conjuntura social do país, em que os salários não podiam assimilar os reajustes das prestações dos mútuos, exigindo do governo a concessão de subsídios, de renegociações, de bônus, enfim, de benefícios que resultaram na seguinte distorção: a de que o saldo devedor dos empréstimos se tornou muito maior do que o resgate previsto na forma contratual. *Quid*, se os mutuários quisessem vender os imóveis financiados? O comprador teria que assumir a responsabilidade pelo pagamento do saldo devedor do empréstimo ou apenas a obrigação de pagar as prestações de resgate do mútuo, reduzidas por sucessivas vantagens conferidas aos mutuários? Essa é uma questão que depende da negociação entre as partes do ajuste primitivo. A sub-rogação de mútuo, entendida como troca de um mutuário por outro, não pode se dar contra a vontade do mutuante.

APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

No caso dos autos, o contrato de mútuo em apreço foi celebrado sem a cobertura do FCVS (fls. 43-44 e-STJ) e, além disso, a sua transferência irregular se deu em data posterior a 25.10.1996, o que acarreta a ilegitimidade ativo da ora recorrida.

JULGAMENTO PARA EFEITOS DO ART. 543-C DO CPC

Diante do exposto, fixo as seguintes premissas para efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil:

I) Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25.10.1996 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

II) Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei n. 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

III) No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25.10.1996, a anuência da

instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem a cobertura do mencionado Fundo.

No caso concreto, conheço parcialmente do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento para restabelecer a sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva da parte autora e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Maria Neuza Pereira Lima propôs 'ação ordinária de transferência de financiamento c.c. revisão contratual de saldo devedor, prestações, repetição do indébito e antecipação parcial de tutela' contra a Caixa Econômica Federal (fl. 05-29), requerendo a) transferência do financiamento; b) o reajuste das prestações e do saldo devedor pela evolução do salário da categoria profissional do mutuário; c) a amortização do saldo devedor, antes do seus reajuste; d) a exclusão da parcela do CES, bem assim a exclusão dos juros sobre juros e e) a repetição do que foi pago indevidamente (fl. 05-29).

São duas, portanto, as espécies de pedido: uma diz respeito à subrogação do cessionário do 'contrato de gaveta' na condição de mutuário; a outra tem a ver com a revisão do contrato de mútuo assinado entre as partes originárias. A decisão acerca da legitimidade ativa *ad causam* para essas espécies de pedido pode não ser a mesma. Uma coisa é reconhecer no terceiro o direito à subrogação no contrato de mútuo, outra é declarar que esse terceiro pode pedir a revisão de contrato de que não é parte. Sabido que há uma correspondência entre a legitimidade *ad causam* e a relação de direito material, e que o terceiro não pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (CPC, art. 6º), uma decisão a propósito deve observar isoladamente se há lei autorizando a transferência do contrato e se há lei prevendo que terceiro possa rever judicialmente contrato de que não participe. Havendo cumulação desses pedidos, o reconhecimento da legitimidade *ad causam* para o pedido de transferência do contrato implementa, evidentemente, a legitimidade *ad causam* para o pedido de revisão das cláusulas contratuais.

Essas considerações resultam das orientações traçadas no voto do relator para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil - a seguir transcritas - que se reportam à legitimidade *ad causam* do terceiro para pedir a revisão do contrato originário de mútuo, *in verbis*:

"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1 Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25.10.1996 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

1.2 Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei n. 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3 No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25.10.1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles em referida cobertura.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008".

Esse foi o motivo do pedido de vista, como dito na sessão do dia 17 de dezembro de 2012.

II

Antes do exame desse tópico, uma questão preliminar precisa ser decidida, aquela que diz respeito ao alcance do julgamento realizado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, e depende da resposta à seguinte indagação: esse regime alterou a concepção tradicional da jurisdição, segundo a qual o juiz só atua mediante provocação das partes?

Explica-se.

O contrato de mútuo *sub judice* foi celebrado sem a cobertura do FCVS, mas o voto do relator, embora na parte dispositiva decida sobre o caso concreto,

provê também, "para os efeitos do art. 543-C", sobre os contratos com cobertura do FCVS.

Salvo melhor juízo, deve haver uma simetria entre o que foi decidido em concreto e os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, porque o exorbitante constituiria o exercício de função jurisdicional não prevista.

O tema exige atenção, porque a se admitir a extensão do julgamento à matéria que nada tem a ver com a *causa petendi* e com o pedido estar-se-á proclamando que o Poder Judiciário pode decidir sem que esteja diante de uma causa com autor e réu, e consequentemente sem contraditório; ou - como diziam os praxistas - sem forma ou figura de juízo.

A Corte Especial não é competente para o julgamento do recurso especial, e sim a 2ª Seção.

Se não por esse motivo, a competência da 2ª Seção estaria evidenciada pelas conclusões do laborioso voto do eminente relator.

Sua Excelência dá soluções diversas aos contratos de mútuo vinculados ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS e aos contratos de mútuo a ele não vinculados.

Qual então a finalidade da afetação do julgamento do recurso à Corte Especial, se isso só é necessário para uniformizar a jurisprudência do Tribunal?

Voto, por isso, preliminarmente, no sentido de declinar da competência para a 2ª Seção.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

> Processo Civil e Civil. SFH. "Contrato de gaveta". Legitimidade *ad causam* da parte autora. Necessidade de prova pericial. Impossibilidade de se examinar as alegações suscitadas pela parte. Anulação da sentença.
>
> 1. Admite-se a legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação judicial, nos casos em que terceiros se subrogam nos direitos e obrigações de contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, através do denominado "contrato de gaveta". Precedentes do STJ e deste Tribunal.

> 2. Na Ação Ordinária onde se discutem, além de outras questões, o cumprimento do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP, o reajuste das prestações, a aplicação da taxa de juros, a cobrança de juros sobre juros, que pode configurar a existência de anatocismo, no Sistema de Amortização do saldo devedor, denominado "Tabela Price", faz-se necessária a realização de prova pericial que poderá oferecer elementos que permitam a solução da controvérsia.
>
> 3. Sentença anulada, de ofício. Devolução dos autos ao Juízo de origem para que se promova a produção de prova pericial, indispensável ao exame do mérito. Apelação provida.

Concluiu a Corte de origem pela legitimidade ativa *ad causam* do cessionário de contrato de financiamento firmado pelas regras do Sistema Financeiro da Habitação - SFH - para pleitear judicialmente a revisão das cláusulas do contrato.

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, o julgamento do feito foi afetado à Corte Especial, seguindo-se o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

O Relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, considerando o caso concreto - contrato de mútuo celebrado *sem cobertura do FCVS* e com transferência irregular em data posterior a 25.10.1996 -, votou pelo parcial conhecimento do recurso para, nessa extensão, dar-lhe provimento, restabelecendo a sentença que havia reconhecido a ilegitimidade passiva da parte autora, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Entretanto, ultrapassando a análise da situação em concreto e para efeito do art. 543-C do CPC, estabeleceu as seguintes diretrizes:

> I) Tratando-se contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25.10.1996 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos;
>
> II) Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei n. 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato;
>
> III) No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25.10.1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade

> ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para o contratos garatnidos pelo FCVS como para aqueles sem a cobertura do mencionado Fundo.

Após o voto do Relator, pediu vista o Ministro Ari Pargendler, que, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2013, invocou preliminar relacionada ao alcance do julgamento realizado sob o regime do art. 543-C do CPC, à consideração de que o Relator, não obstante ter decidido o caso concreto, estabeleceu orientação para os contratos com cobertura do FCVS.

Destacou o Ministro Ari Pargendler que "*a se admitir a extensão do julgamento à matéria que nada tem a ver com a* causa petendi *e com o pedido, estar-se-á proclamando que o Poder Judiciário pode decidir sem que esteja diante de uma causa com autor e réu, e consequentemente sem contraditório*".

Ao final, declinou da competência para a Segunda Seção, competente para apreciação dos feitos em que o contrato de mútuo não tem previsão de cobertura do saldo devedor pelo FCVS.

Para melhor examinar a questão, pedi vista dos autos.

Com a nova ordem processual inserida a partir da edição da Lei n. 11.672/2008, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diversas foram as questões de ordem prática surgidas com a efetiva implementação do regime.

Por diversas vezes, a controvérsia em torno de tais questões instaurou-se em função do aparente conflito existente entre o princípio da inércia da jurisdição - segundo o qual, em regra, nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e forma legais (art. 2º do Código de Processo Civil) - e o interesse coletivo que circunda os recursos afetados como representativo de controvérsia.

Em tais hipóteses, tem decidido a Corte Especial que deve prevalecer o interesse da coletividade, representado pelo direito à razoável duração do processo de todos os demais litigantes em feitos com idêntica questão de direito.

Com efeito, em questão de ordem suscitada no julgamento do REsp n. 1.063.343-RS, a Corte Especial, considerou ser inviável o deferimento de pedido de desistência formulado nos recursos representativos, "*diante da importância do julgamento dos incidentes de recurso repetitivo para este Tribunal e, sobretudo, para os próprios jurisdicionados*", revelando que ao recurso representativo de controvérsia, dada a extensão dos seus efeitos, deve ser conferido tratamento distinto.

O acórdão está assim ementado:

> Processo Civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.
>
> - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c.c. Resolução n. 8/2008 do STJ.
>
> Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c.c. Resolução n. 8/2008 do STJ. (QO no REsp n. 1.063.343-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17.12.2008, DJe de 4.6.2009)

A orientação firmada pela Corte, na ocasião, contou com a adesão do voto proposto pelo Ministro Ari Pargendler, nos termos seguintes:

> ***Exmo. Sr. Ministro Ari Pargendler:*** Sr. Presidente, o recurso especial serve para a proteção do ordenamento jurídico. O interesse privado só conta de modo mediato, como veículo. Isso, não obstante, nunca foi impedimento para a desistência do recurso especial. *No entanto, com a modificação introduzida pela lei em comento, entendo que o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta solução para essa causa, que é representativa de inúmeras outras, não pode ser obstado pelo interesse da parte*. Aliás, é exatamente isso o que me parece, dado o empenho que vejo na desistência deste recurso, ou seja, o empenho de se opor ao interesse público, de o Judiciário resolver a questão.
>
> Havendo interesse privado subalterno, dou prevalência ao interesse público decidindo no sentido de que não se pode desistir de um recurso especial que o Tribunal afetou ao regime da lei. (grifei)

Penso que a situação ora examinada, conquanto diversa, por não se tratar de pedido de desistência, também deve ser decidida à luz da supremacia do interesse público, examinando-se a tese da forma mais ampla possível para abarcar todos os modelos de contratos de mútuo firmados sob as regras do SFH.

No caso do SFH, mostra-se ainda mais conveniente o exame do tema pela Corte Especial, levando-se em conta a subdivisão interna de competência deste Tribunal, a depender do tipo de contrato celebrado (com ou sem garantia do FCVS), consolidando-se, de uma só vez, a orientação definitiva sobre determinada questão.

A análise genérica das teses, ainda que o recurso não contemple todas elas, tem sido a praxe em outros julgamentos realizados sob a sistemática dos recursos repetitivos, a exemplo do precedente a seguir:

> Recurso especial repetitivo. Direito Processual Civil. Cumprimento de sentença. Impugnação. Honorários advocatícios.
>
> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:
>
> 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a aposição do "cumpra-se" (REsp n. 940.274-MS).
>
> 1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença.
>
> 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC.
>
> 2. Recurso especial provido. (REsp n. 1.134.186-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 1º.8.2011, DJe de 21.10.2011)

Não obstante limitada a discussão do caso ao cabimento de honorários advocatícios na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, firmou-se, na ocasião, teses acessórias relacionada ao cabimento da verba honorária na fase de cumprimento de sentença e no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial.

Assim, considerando que a orientação firmada em recurso submetido à sistemática do art. 543-A do CPC norteará a solução de milhares de feitos semelhantes que aguardam sobrestados nas Cortes Regionais e Estaduais, entendo que a análise dos temas submetidos a essa sistemática deve ocorrer da forma mais ampla possível, delimitando-se, ao final, se for o caso, a extensão de seus efeitos ao caso concreto, como tem ocorrido.

Se até mesmo o direito da parte desistir do recurso já foi deixado em segundo plano como meio necessário à garantia de eficácia ao novo mecanismo de racionalização de recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça, não vejo óbice a que, na análise de teses levadas como matéria repetitiva, se busque o exaurimento do tema, ainda que revestido o caso concreto de circunstâncias acidentais diversas.

A hipótese dos autos, no entanto, traz uma peculiaridade que deve ser considerada.

A ação proposta na origem, como bem ressaltou o Ministro Ari Pargendler, nominada "*Ação Ordinária de Transferência de Financiamento c.c. Revisão Contratual de Saldo Devedor, Prestações, Repetição do Indébito e Antecipação Parcial de Tutela*", contempla duas espécies de pedido: I) a transferência do financiamento para a parte autora, cessionária; II) a revisão das cláusulas do contrato de mútuo.

Veja-se, pois, que a situação difere daquelas em que se discute apenas se o cessionário é parte legítima para requerer judicialmente a revisão contratual, à luz do disposto no art. 6º do CPC, segundo o qual "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*".

Em princípio, haveria certa dificuldade em se levar adiante o julgamento do presente recurso como representativo de controvérsia, dadas as peculiaridades do caso, pois não há dúvida de que a parte autora detém legitimidade ativa para requer a transferência do financiamento, vinculando-se a procedência ou não desse pedido ao mérito da pretensão.

Assim, uma vez reconhecida a procedência do primeiro pedido, não haveria motivos para novas incursões em torno da legitimidade do cessionário para requerer a revisão das cláusulas contratuais, uma vez que passaria a pleitear direito próprio em seu próprio nome, de modo que a análise da tese proposta como matéria repetitiva somente teria cabimento se julgada improcedente a primeira pretensão.

Referida peculiaridade é facilmente contornável a partir da constatação de que o acórdão recorrido, malgrado a peculiaridade do pedido inicial, limitou-se a analisar a legitimidade do terceiro que se sub-roga nos direitos e obrigações de contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, através do denominado "contrato de gaveta".

Nesse contexto, limitado o prequestionamento da matéria à legitimidade do cessionário que, *nessa condição*, pleiteia a revisão do contrato de mútuo habitacional, não vejo por que não prosseguir no julgamento do recurso, afastadas as peculiaridades do caso que não foram objeto de prévio debate perante a Corte de origem, sobretudo em função do adiantado grau de processamento do recurso.

Evita-se, com tal procedimento, a repetição do complexo procedimento inerente aos recursos repetitivos, consistente na seleção de novo processo com

idêntica questão de direito, oitiva das partes interessadas e Ministério Público, além da necessidade de se oficiar a todos os Tribunais do país.

Ultrapassada a preliminar suscitada em voto-vista, passo ao exame do mérito.

Quanto à matéria de fundo, tenho entendido que a Lei n. 8.004/1990, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei n. 10.150/2000, já previa a interveniência obrigatória da instituição financiadora na hipótese de transferência a terceiros dos direitos e obrigações decorrente do contrato celebrado de acordo com a regras do SFH.

Transcrevo, por oportuno, os dispositivos da Lei n. 8.004/1990 relacionados à matéria, antes e depois da referida alteração:

> Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.
>
> Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativa a imóvel gravado em favor de instituição financiadora do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, *com a interveniência obrigatória da instituição financiadora*, mediante a assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação, observados os requisitos legais e regulamentares para o financiamento da casa própria, vigentes no momento da transferência, ressalvadas as situações especiais previstas nos artigos 2º e 3º desta lei.
>
> *Redação dada pela Lei n. 10.150, de 21.12.2000:*
>
> Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.
>
> Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, *com a interveniência obrigatória da instituição financiadora*.

Com a edição da Lei n. 10.150/2000, esta Corte passou a entender que era possível a regularização dos "contratos de gaveta", mesmo sem a anuência do agente financeiro, desde que tivessem sido firmados até 25 de outubro de 1996.

Essa interpretação, equivocada ao meu sentir, decorreu das disposições contidas nos arts. 20 e 22 do referido diploma legal:

> Art. 20. As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei n. 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei.
>
> Parágrafo único. A condição de cessionário poderá ser comprovada junto à instituição financiadora, por intermédio de documentos formalizados junto a Cartórios de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos, ou de Notas, onde se caracterize que a transferência do imóvel foi realizada até 25 de outubro de 1996.
>
> (...)
>
> Art. 22. Na liquidação antecipada de dívida de contratos do SFH, inclusive aquelas que forem efetuadas com base no saldo que remanescer da aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 2º desta Lei, o comprador de imóvel, cuja transferência foi efetuada sem a interveniência da instituição financiadora, equipara-se ao mutuário final, para todos os efeitos inerentes aos atos necessários à liquidação e habilitação junto ao FCVS, inclusive quanto à possibilidade de utilização de recursos de sua conta vinculada do FGTS, em conformidade com o disposto no inciso VI do art. 20 da Lei n. 8.036, de 1990.

Entretanto, no julgamento do REsp n. 783.389-RO, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pondo fim às divergências, decidiu que "*a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação*" (DJe de 30.10.2008).

No voto condutor do referido julgado, o Relator, Ministro Ari Pargendler, deixou consignado o seguinte:

> Os mútuos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação são contratos de natureza peculiar em que, paralelamente ao interesse das partes, está presente o interesse público, desde logo caracterizado pelo fato de que dita as cláusulas tanto ao mutuante quanto ao mutuário. Por exemplo, não é qualquer pessoa que pode se habilitar a esse tipo de financiamento. É preciso, entre outras condições, que faça prova de rendimentos capazes de suportar a prestação mensal para tutelar os recursos emprestados, cuja gestão constitui responsabilidade do Poder Público. Esse objetivo ficaria obviamente comprometido se a exigência fosse dispensada daqueles que viessem a adquirir, mediante operações posteriores, os imóveis hipotecados. Quer dizer, à parte sua aparente impessoalidade, o Sistema Financeiro da Habitação sempre foi seletivo do ponto de vista econômico (sem o que não poderia subsistir). A solvabilidade de quem quer financiar a casa própria é requisito indispensável ao status de mutuário. Assim, muito embora celebrado sob os auspícios do Poder Público, esse mútuo hipotecário não se diferencia

> dos demais quanto ao seu caráter pessoal. O agente financeiro contrata com uma pessoa, e não com outra. Como corolário, a cessão do negócio, nele como nos outros, depende da contraparte. A transferência incondicionada só pode se processar por exceção, quando prevista no ajuste.
>
> Pela lógica contratual, o Sistema Financeiro da Habitação já tinha, na sua pureza originária, motivos bastantes para selecionar os seus mutuários. Mas, ao longo do tempo, se somou o de que a equação econômico-financeira dos contratos ficou inadequada à conjuntura social do país, em que os salários não podiam assimilar os reajustes das prestações dos mútuos, exigindo do governo a concessão de subsídios, de renegociações, de bônus, enfim, de benefícios que resultaram na seguinte distorção: a de que o saldo devedor dos empréstimos se tornou muito maior do que o resgate previsto na forma contratual. *Quid*, se os mutuários quisessem vender os imóveis financiados? O comprador teria que assumir a responsabilidade pelo pagamento do saldo devedor do empréstimo ou apenas a obrigação de pagar as prestações de resgate do mútuo, reduzidas por sucessivas vantagens conferidas aos *mutuários? Essa é uma questão que depende da negociação entre as partes do ajuste primitivo. A sub-rogação de mútuo, entendida como troca de um mutuário por outro, não pode se dar contra a vontade do mutuante.*

Não há dúvida de que é possível a regularização dos "contratos de gaveta" firmados até 25 de outubro de 1996 sem a anuência do agente financeiro. Entretanto, até que o contrato seja efetivamente regularizado nos termos da lei, o cessionário não detém legitimidade para requerer a revisão das suas cláusulas.

A inovação legislativa "*apenas dá ao adquirente do imóvel financiado, que obteve a cessão do financiamento sem o consentimento da mutuante, a oportunidade de regularizar sua situação, o que deve ser realizado segundo os termos ali dispostos*" (REsp n. 653.155-PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.4.2005). Isso não significa, todavia, o reconhecimento, de modo incondicionado e imediato, de que todas as sub-rogações ocorridas sem a expressa concordância da mutuante sejam válidas.

Nessa mesma linha de entendimento, os seguintes julgados:

> Agravo regimental. Recurso especial. SFH. Ação revisional. Contrato de gaveta. Cessão dos direitos e obrigações provenientes de contrato de financiamento celebrado sob a égide do SFH. Necessidade de interveniência da instituição financiadora. Ilegitimidade ativa do cessionário.
>
> 1. "A cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da

Habitação" (REsp n. 783.389-RO, Rel. Ministro *Ari Pargendler, Corte Especial*, julgado em 21.5.2008, DJe de 30.10.2008).

2. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp n. 1.248.751-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19.2.2013, DJe de 25.2.2013)

Embargos de divergência. Sistema Financeiro de Habitação. Mútuo hipotecário. "Contrato de gaveta". Ausência de anuência do agente financeiro. Ação para revisão das cláusulas contratuais. Ilegitimidade ativa do cessionário.

1. É jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça que "a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação" (REsp n. 783.389-RO, *Corte Especial*, Rel. Ministro *Ari Pargendler*, DJe de 30.10.2008).

2. Precedentes citados: AgRg no REsp n. 1.083.895-SC, *Terceira Turma*, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, DJe de 3.6.2009; AgRg no REsp n. 951.283-SC, *Segunda Turma*, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 21.9.2009; REsp n. 794.268-RJ, *Primeira Turma*, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, DJe de 17.8.2009; AgRg no REsp n. 1.107.963-RS, *Quarta Turma*, Rel. Ministro *Fernando Gonçalves*, DJe de 17.8.2009.

3. Embargos de divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, restabelecer o acórdão recorrido. (EREsp n. 891.799-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 12.4.2010, DJe de 12.5.2010)

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Sistema Financeiro de Habitação. "Contrato de gaveta". Cessionário. Ilegitimidade ativa.

1. A Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do REsp n. 783.389-RO, Rel. Min. Ari Pargendler (DJe 30.10.2008), firmou entendimento no sentido de que "a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende as exigências do Sistema Financeiro da Habitação".

2. Portanto, a cessão do mútuo realizada anteriormente a 25.10.1996 não é vedada, mas condicionada à demonstração de que o novo cessionário preenche os requisitos estabelecidos para a formalização do contrato, na forma do art. 20 da Lei n. 10.150/200, o que não ocorreu no caso, conforme consignado pelo Tribunal de origem.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 951.283-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 3.9.2009, DJe de 21.9.2009)

Administrativo. Sistema Financeiro da Habitação. Transferência do financiamento. Intervenção do agente financeiro. Indispensabilidade. Aplicação do artigo 1º da Lei n.

8.004/1990 e do art. 20 da Lei n. 10.150/2000. Ilegitimidade ativa do cessionário para questionar direitos e obrigações decorrentes do contrato original. Precedente da Corte Especial (REsp n. 783.389-RO). Recurso especial provido.

(REsp n. 794.268-RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6.8.2009, DJe de 17.8.2009)

Agravo regimental. Recurso especial. Contrato de gaveta. Interveniência do agente financiador. Ausência. Ilegitimidade *ad causam* do cessionário. Precedentes.

1 - A cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; a concordância deste depende de requerimento instruído pela prova de que o cessionário atende às exigências do Sistema Financeiro da Habitação. (REsp n. 783.389-RO - *Corte Especial*).

2 - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.107.963-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe de 17.8.2009)

Processual Civil. Sistema Financeiro de Habitação. Cessão de direitos e obrigações. Contrato de gaveta. Lei n. 10.150/2000. Interveniência obrigatória da instituição financiadora. Ilegitimidade do cessionário para demandar em juízo. Orientação firmada no julgamento do REsp n. 783.389-RO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 783.389-RO, firmou jurisprudência no sentido de que a) a cessão do mútuo hipotecário não pode se dar contra a vontade do agente financeiro; e b) a concordância deste depende de requerimento instruído por prova de que o cessionário atende às exigências do Sistema Financeiro da Habitação.

2. Agravo Regimental provido.

(AgRg no AgRg nos EDcl no REsp n. 1.000.388-RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4.6.2009, DJe de 21.8.2009)

É importante esclarecer que a orientação que adoto, há tempos consagrada no âmbito da Corte Especial, independe de se tratar de contrato *com* ou *sem* garantia de quitação do saldo residual com recursos do FCVS, ressurgindo daí a conveniência de apreciação do tema no âmbito deste Colegiado.

Impõe-se reconhecer, dessa forma, que a autora da presente ação, na qualidade de cessionária de contrato cedido sem a interveniência da instituição financiadora, não tem legitimidade para demandar em juízo pleiteando a revisão das cláusulas da avença, abstraída a pretensão de transferência do contrato, que não foi objeto de prequestionamento.

Com estas considerações, pedindo vênia ao Ministro Ari Pargendler, proponho seja mantida a competência da Corte Especial para apreciação do tema, e, no mérito, voto pelo provimento do recurso, com a consequente extinção do processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Para efeito do art. 543-C do CPC, proponho seja adotada a orientação seguinte: enquanto não regularizada, efetivamente, a cessão de direitos e deveres do contrato de financiamento vinculado às regras do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, junto à instituição financeira, o cessionário não detém legitimidade para requerer a revisão de suas cláusulas.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Maria Neuza Pereira Lima propôs 'ação ordinária de transferência de financiamento c.c. revisão contratual de saldo devedor, prestações, repetição do indébito e antecipação parcial de tutela' contra a Caixa Econômica Federal (fl. 05-29), requerendo a) transferência do financiamento; b) o reajuste das prestações e do saldo devedor pela evolução do salário da categoria profissional do mutuário; c) a amortização do saldo devedor, antes do seus reajustes; d) a exclusão da parcela do CES, bem assim a exclusão dos juros sobre juros e e) a repetição do que foi pago indevidamente (fl. 05-29).

São duas, portanto, as espécies de pedido: uma diz respeito à subrogação do cessionário do 'contrato de gaveta' na condição de mutuário; a outra tem a ver com a revisão do contrato de mútuo assinado entre as partes originárias. A decisão acerca da legitimidade ativa *ad causam* para essas espécies de pedido pode não ser a mesma. Uma coisa é reconhecer no terceiro o direito à subrogação no contrato de mútuo, outra é declarar que esse terceiro pode pedir a revisão de contrato de que não é parte. Sabido que há uma correspondência entre a legitimidade *ad causam* e a relação de direito material, e que o terceiro não pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (CPC, art. 6º), uma decisão a propósito deve observar isoladamente se há lei autorizando a transferência do contrato e se há lei prevendo que terceiro possa rever judicialmente contrato de que não participe. Havendo cumulação desses pedidos, o reconhecimento da legitimidade *ad causam* para o pedido de

transferência do contrato implementa, evidentemente, a legitimidade *ad causam* para o pedido de revisão das cláusulas contratuais.

Essas considerações resultam das orientações traçadas no voto do relator para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil - a seguir transcritas - que se reportam à legitimidade *ad causam* do terceiro para pedir a revisão do contrato originário de mútuo, *in verbis*:

"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1 Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25.10.1996 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

1.2 Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25.10.1996, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei n. 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3 No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25.10.1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles em referida cobertura.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido. Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008".

Esse foi o motivo do pedido de vista, como dito na sessão do dia 17 de dezembro de 2012.

II

Antes do exame desse tópico, uma questão preliminar precisa ser decidida, aquela que diz respeito ao alcance do julgamento realizado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, e depende da resposta à seguinte indagação: esse regime alterou a concepção tradicional da jurisdição, segundo a qual o juiz só atua mediante provocação das partes?

Explica-se.

O contrato de mútuo *sub judice* foi celebrado sem a cobertura do FCVS, mas o voto do relator, embora na parte dispositiva decida sobre o caso concreto, provê também, "para os efeitos do art. 543-C", sobre os contratos com cobertura do FCVS.

Salvo melhor juízo, deve haver uma simetria entre o que foi decidido em concreto e os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, porque o exorbitante constituiria o exercício de função jurisdicional não prevista.

O tema exige atenção, porque a se admitir a extensão do julgamento à matéria que nada tem a ver com a *causa petendi* e com o pedido estar-se-á proclamando que o Poder Judiciário pode decidir sem que esteja diante de uma causa com autor e réu, e consequentemente sem contraditório; ou - como diziam os praxistas - sem forma ou figura de juízo.

À parte essas considerações, a Corte Especial não é competente para o julgamento do recurso especial, e sim a 2ª Seção, tal como evidenciado nas conclusões do laborioso voto do eminente relator.

Sua Excelência dá soluções diversas aos contratos de mútuo vinculados ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS e aos contratos de mútuo a ele não vinculados.

Qual então a finalidade da afetação do julgamento do recurso à Corte Especial, se isso só é necessário para uniformizar a jurisprudência do Tribunal?

Voto, por isso, preliminarmente, no sentido de declinar da competência para a 2ª Seção.

III

Vencida a preliminar, e tal como dito no item I, as orientações traçadas no voto do relator para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, *se reportam à legitimidade* ad causam *do terceiro para pedir a revisão do contrato originário de mútuo*.

A legitimidade *ad causam* é uma das condições da ação. Seu reconhecimento precede o julgamento do mérito, e - repita-se - supõe uma correspondência com a relação de direito material. O voto do relator, *data venia*, parece ter enfrentado o mérito, reconhecendo, depois, a legitimidade *ad causam*.

Se o pedido é simplesmente o de rever cláusulas contratuais do mútuo, o terceiro não pode, em hipótese alguma, demandar em juízo para alterar obrigações assumidas por uma das partes do contrato; não há, entre a sua posição de terceiro, e a relação de direito material qualquer correspondência.

Se, como no caso, há também no pedido a pretensão do terceiro em subrogar-se no contrato de mútuo, já não se está no âmbito da *legitimatio ad causam*; *q*uando se arroga o direito de se integrar no contrato por força de sua condição - paralela - de cessionário de obrigações, o terceiro tem direito a uma sentença de mérito que julgue procedente, ou não, o pedido.

Em conclusão, quem quer que tenha um "contrato de gaveta" - designação atribuída aos negócios jurídicos de promessa de compra e venda de imóvel realizados sem o consentimento da instituição de crédito que financiou a aquisição da propriedade - pode demandar em Juízo a subrogração no mútuo; se o pedido procede, ou não, constitui questão de mérito, dependente de saber se a lei autoriza essa subrogação e, quando essa autorização existe, se as condições nela previstas estão implementadas.

As orientações a serem extraídas desse julgamento, com a eficácia resultante do art. 543-C do Código de Processo Civil, devem, por isso, distinguir as duas situações.

IV

A espécie diz respeito a um contrato de mútuo ajustado, após 25 de outubro de 1996 (L. n. 10.150, de 2000, art. 20), sem a cobertura do Fundo de Variação de Compensações Salariais - FCVS.

O pedido visa à subrogação do terceiro no contrato e a revisão de algumas cláusulas deste.

A legitimidade *ad causam* está presente à luz do que até aqui foi dito.

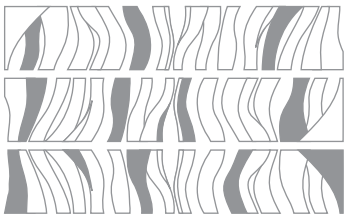
Acontece que, em razão da data do contrato, o pedido de subrogação é improcedente, faltando ao autor da demanda, consequentemente, legitimidade *ad causam* para pleitear a revisão das cláusulas contratuais.

V

Sem elementos no contraditório estabelecido nos autos para decidir sobre a extensão do julgado aos contratos vinculados ao Fundo de Compensação de

Variações Salariais - FCVS - e vencido quanto a essa extensão - sigo o voto do relator quanto a esse tema, com as adaptações a respeito do que constitui questão de legitimidade *ad causam* e questão de mérito.

É como voto.



Primeira Seção

MANDADO DE SEGURANÇA N. 12.504-DF (2006/0280092-8)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado de Rondônia - SINDUR

Advogado: Breno Dias de Paula e outro(s)

Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão

Interessado: União

EMENTA

Mandado de segurança. Preliminares de ilegitimidade passiva e decadência afastadas. Transposição. Empregados estaduais para o quadro de pessoal da União. Direito líquido e certo não comprovado. Dilação probatória. Impossibilidade.

1 - A autoridade apontada como coatora, apesar de se dizer parte ilegítima, indica a norma legal que o autoriza a figurar no pólo passivo da impetração. Ademais, nas informações que prestou, defendeu a legalidade do não enquadramento, que é precisamente a omissão atacada na inicial.

2 - A decadência, se ocorreu, não foi provada, ônus que caberia ao impetrado, que a alegou.

3 - O direito, para ser protegido pela via mandamental, deve ser líquido e certo, assim entendido aquele comprovado, de plano, por prévia e robusta prova juntada à inicial, condição não suprida no presente caso, em que, apesar da vasta documentação existente nos autos, nada há que comprove a alegada transposição de urbanitários nos antigos territórios, base da argumentação da peça exordial, na qual se invoca o tratamento isonômico com os urbanitários do Amapá e de Roraima.

4 - A menção ao art. 14 do ADCT da CF/1988, uma das duas normas legais que dariam suporte à transposição reclamada, em nada auxilia a pretensão do impetrante, dado que não há, no artigo referido, nenhuma referência, ainda que indireta, a servidores públicos.

5 - A Lei Complementar n. 41/1981, a segunda norma invocada, também não abriga a pretensão do impetrante porque: (i) regula,

a priori, tão somente a situação funcional dos servidores públicos federais *postos à disposição do Governador do Estado* de Roraima, termo que pode – ou não – alcançar os empregados da sociedade de economia mista em questão; (ii) torna plausível, à luz do que dispõe o seu art. 29, o entendimento de que os interessados, eventualmente na condição de *"servidores contratados pela Administração do Território Federal de Rondônia"* não teriam vínculo com a União, e (iii) na falta de expressa referência aos urbanitários tem-se lacuna normativa que não pode ser colmatada apenas com os elementos (fatos e provas) que foram juntados aos autos.

6 - O direito reclamado pelo impetrante, acaso existente, não se mostra líquido e certo, requerendo maior investigação. Ocorre que a via mandamental não comporta dilação probatória, como reiteradamente tem afirmado esta Corte.

Segurança denegada, sem prejuízo de exame da questão pelas vias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 12 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 21.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado

de Rondônia - SINDUR, apontando como autoridade coatora o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Alega o impetrante que seus substituídos são servidores da Companhia de Águas e Esgotos do Estado de Rondônia - CAERD e, nessa condição, têm direito ao ingresso, mediante transposição, no quadro dos servidores públicos federais, por força do que dispõem o art. 14 do ADCT da CF/1988 e a Lei Complementar n. 41/1981, providência que, ainda não adotada pela autoridade coatora, caracterizaria omissão ilícita, ferindo o direito líquido e certo desses trabalhadores.

A autoridade coatora prestou as informações às fls. 2.383 a 2.406 nas quais aduziu, em síntese: (i) ilegitimidade passiva *ad causam*; (b) carência de ação do autor, porque "os empregados substituídos eram trabalhadores de uma empresa constituída originariamente sob as regras de uma sociedade de economia mista que, em 1982, passou ao controle do Estado de Rondônia" (fls. 2.390 e 2.391), cuja transposição não encontra amparo no art. 14 do ADCT da CF/1988 nem tampouco na Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981, e; (c) a pretensão não pode ser acolhida porque foi alcançada pela decadência, porque houve, em 10.8.2006, a rejeição ao pedido formulado pela via administrativa.

O Ministério Público Federal, nos termos do parecer às fls. 2.408 a 2.411, manifestou-se pela denegação da segurança.

O feito me foi redistribuído em 7 de março de 2013.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Nas informações que prestou, a autoridade impetrada, o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, arguiu, para além da decadência do direito à impetração, sua legitimidade para figurar no pólo passivo do presente mandado, ao argumento de que não é sua atribuição efetivar a transposição postulada (fl. 2.389), sugerindo que tal mister estaria inserido na competência da Secretaria de Recursos Humanos daquela pasta (fl. 2.388).

Essa preliminar deve ser rejeitada. Colhe-se das informações: "a Portaria n. 978, de 29 de março de 1996, determina que é da competência deste Ministério, como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal,

planejar, coordenar, supervisionar e controlar as políticas de recursos humanos do Poder Executivo Federal" (fl. 2.388). Note-se que a autoridade apontada como coatora, apesar de se dizer parte ilegítima, indica a norma legal que o autoriza a figurar no pólo passivo da impetração. Ademais, nas informações que prestou, defendeu a legalidade do não enquadramento, que é precisamente a omissão atacada na inicial. Nesse contexto, descabida a alegação de ilegitimidade passiva.

Quanto à alegação de decadência do direito à impetração, igualmente não merece prosperar. É que o impetrante aponta como coator *ato omissivo*, sugerindo, com isso, omissão continuada, tese que, se acolhida, afastaria o referido óbice. A autoridade, por seu turno, afirma haver negado o pedido em 10 de agosto de 2006 (fl. 2.391), mas não faz prova robusta do quanto alegado, dado que o despacho às fls. 2.399 a 2.403, nenhuma decisão expressa traz, senão meros encaminhamentos para "apreciação" de autoridades superiores e, ao final, o encaminhamento "para ciência" do sindicato requerente, "de ordem do Exmo. Ministro de Estado de Planejamento, Orçamento, e Gestão" (fl. 2.403).

Assim, a decadência, se ocorreu, não foi provada, ônus que caberia ao impetrado, que a alegou, conforme a disciplina do art. 333 do CPC.

Rejeitam-se, pois, as preliminares de ilegitimidade passiva e decadência do direito à impetração.

No que tange ao mérito, o sindicato impetrante busca, pela via mandamental, obter a transposição de seus susbstituídos, empregados públicos estaduais, para os quadros da União.

Segundo consta da inicial, essa transposição seria devida porque "todos os urbanitários que estavam no exercício de suas funções quando da instalação dos antigos Territórios Federais do Amapá e Roraima foram transpostos para os quadros da União Federal, regidos pelo regime estatutário" (fl. 6) e, "não obstante a idêntica situação fática e jurídica - já que todas as Companhias [Rondônia, Amapá e Roraima] foram criadas pelo mesmo Decreto Lei Federal, bem como pelo fato da utilização da mesma Lei Complementar para transformação e instalação dos Estados - os urbanitários do Estado de Rondônia que estavam no exercício de suas funções quando da instalação do referido Estado não tiveram igual tratamento jurídico" (fl. 7).

Invocam, portanto, a incidência do princípio da isonomia.

Para provar suas alegações, juntou o impetrante os documentos de fls. 91 a 2.302, constituídos, essencialmente, de: (i) cópias de contratos de trabalho em

que figura como empregadora a Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia; (ii) cópia do parecer CGR-FC-3, da Consultoria Geral da República (fls. 1.073 e 1.074), e; (iii) cópias de requerimentos administrativos, dirigidos ao Diretor de Normas, procedimentos judiciais e Órgãos extintos do Ministério do Planejamento.

Ocorre que o direito, para ser protegido pela via mandamental, deve ser líquido e certo, assim entendido aquele comprovado, de plano, por prévia e robusta prova juntada à inicial, condição não suprida no presente caso, em que, apesar da vasta documentação existente nos autos, nada há que comprove a alegada transposição de urbanitários nos antigos territórios, base da argumentação da peça exordial, na qual se invoca o tratamento isonômico com os urbanitários do Amapá e de Roraima.

Não bastasse isso, a menção ao art. 14 do ADCT da CF/1988, uma das duas normas legais que dariam suporte à transposição reclamada, em nada auxilia a pretensão do impetrante, dado que não há, no artigo referido, nenhuma referência, ainda que indireta, a servidores públicos. Confira-se do seu inteiro teor:

> Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.
>
> § 1º - A instalação dos Estados dar-se-á com a posse dos governadores eleitos em 1990.
>
> § 2º - Aplicam-se à transformação e instalação dos Estados de Roraima e Amapá as normas e critérios seguidos na criação do Estado de Rondônia, respeitado o disposto na Constituição e neste Ato.
>
> § 3º - O Presidente da República, até quarenta e cinco dias após a promulgação da Constituição, encaminhará à apreciação do Senado Federal os nomes dos governadores dos Estados de Roraima e do Amapá que exercerão o Poder Executivo até a instalação dos novos Estados com a posse dos governadores eleitos.
>
> § 4º - Enquanto não concretizada a transformação em Estados, nos termos deste artigo, os Territórios Federais de Roraima e do Amapá serão beneficiados pela transferência de recursos prevista nos arts. 159, I, **a**, da Constituição, e 34, § 2º, II, deste Ato.

É pois, norma que, indubitavelmente, não incide sobre a hipótese dos autos e, também por isso, não cria qualquer direito para os substituídos nesta impetração.

A outra norma apontada na inicial, a Lei Complementar n. 41, de 22 de dezembro de 1981, regula, com efeito, a situação do pessoal em serviço no ex-Território Federal de Rondônia, mas faz nos seguintes termos, *verbis*:

> CAPÍTULO IV
>
> Do Pessoal
>
> Art. 17 - Observados os princípios estabelecidos no inciso V do art. 13 da Constituição Federal, o Governador do Estado de Rondônia deverá aprovar os quadros e tabelas definidos do pessoal civil.
>
> Art. 18 - Serão postos à disposição do Governo do Estado, a partir da vigência desta Lei, com todos os direitos e vantagens, os servidores públicos nomeados ou admitidos até a data da vigência da Lei n. 6.550, de 5 de julho de 1978, e em exercício a 31 de dezembro de 1981 na Administração do Território Federal de Rondônia.
>
> Parágrafo único - O Governador do Estado aprovará os Quadros e Tabelas provisórias de pessoal da Administração do Estado e procederá, *a seu juízo, mediante opção dos interessados, ao enquadramento dos servidores postos à sua disposição*, devendo absorver pelo menos 50% (cinqüenta por cento) dos optantes.
>
> Art. 19 - Os servidores não enquadrados na forma do parágrafo único do artigo anterior serão incluídos em Quadros ou Tabelas em extinção, que ficará sob a Administração do Governo do Estado e supervisão do Ministério do Interior.
>
> § 1º - Caberá ao Ministério do Interior, em articulação com o Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, adotar as providências para o aproveitamento do pessoal de que trata este artigo em órgãos da União, preferentemente localizados no Estado de Rondônia, ou cessão a entidades públicas estaduais ou municipais, assegurados, pela União, os direitos e vantagens pertinentes.
>
> § 2º - O pessoal incluído no Quadro ou Tabela em extinção continuará prestando serviço ao Governo do Estado de Rondônia, na condição de cedido, até que venha a ser localizado definitivamente em outros órgãos, mediante atos da autoridade competente.
>
> § 3º - Este artigo não se aplica aos ocupantes de cargos em comissão ou empregos de direção ou assessoramento superior, bem como de funções de confiança, em qualquer nível.
>
> § 4º - O Ministério do Interior, ouvido o DASP, expedirá instruções destinadas a disciplinar a execução do disposto neste artigo.
>
> Art. 20 - Serão assegurados pelo Governo do Estado de Rondônia todos os direitos e vantagens, inclusive o tempo de serviço sem solução de continuidade, dos servidores enquadrados nos termos do parágrafo único do art. 18 desta Lei.

> Art. 21 - A responsabilidade pelo pagamento de proventos aos inativos e pensionistas, existentes na data de aprovação dos Quadros e Tabelas a que se refere o art. 19 desta Lei, caberá à União.
>
> Art. 22 - O pessoal militar da Polícia Militar do Território Federal de Rondônia passará a constituir a Polícia Militar do Estado de Rondônia, assegurados os seus direitos e vantagens.
>
> Parágrafo único - Ao pessoal militar de que trata este artigo aplica-se a legislação federal pertinente, até que o Estado, nos limites de sua competência, legisle a respeito, observado o disposto no § 4º do art. 13 da Constituição Federal.
>
> CAPÍTULO V
>
> Do Orçamento e da Fiscalização Financeira e Orçamentária
>
> [...]
>
> Art. 29 - *Os servidores contratados pela Administração do Território Federal de Rondônia, após a vigência da Lei n. 6.550, de 5 de julho de 1978, e em exercício a 31 de dezembro de 1981, passam, a partir desta Lei, a integrar Tabela Especial de Empregos, em extinção, do Governo do Estado de Rondônia*, e deverão ser absorvidos nos Quadros e Tabelas a que se refere o art. 19 desta Lei, dentro do prazo máximo de 2 (dois) anos da data de instalação do Estado, observadas as normas estabelecidas para a contratação de pessoal, e mediante concurso público.
>
> Parágrafo único - Os empregos que vagarem na Tabela Especial Temporária, de que trata este artigo, serão considerados suprimidos automaticamente, vedada sua utilização para qualquer efeito.

Dessarte, também essa norma não oferece guarida, pelo menos em princípio, aos agentes públicos representados pelo impetrante. Isso porque: (i) regula, *a priori*, tão somente a situação funcional dos servidores públicos federais *postos à disposição do Governador do Estado* de Roraima, termo que pode – ou não – alcançar os empregados da sociedade de economia mista em questão; (ii) torna plausível, à luz do que dispõe o art. 29, o entendimento de que os interessados, eventualmente na condição de "servidores contratados pela Administração do Território Federal de Rondônia (...) passam, a partir desta lei, a integrar tabela do Governo do Estado de Rondônia" e, portanto, os excluiria de vínculo com a União, e (iii) na falta de expressa referência aos urbanitários tem-se, para o caso concreto e na hipótese mais favorável para o impetrante, uma lacuna normativa, que não pode ser colmatada apenas com os elementos (fatos e provas) que foram juntados aos autos.

Por tudo isso, o direito reclamado pelo impetrante, acaso existente, por certo não se mostra líquido e certo, requerendo maior investigação.

Ocorre que a via mandamental não comporta dilação probatória, como reiteradamente tem afirmado esta Corte. Confiram-se:

> Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Técnico de colonização. Reenquadramento no cargo de Agente de Inspeção Sanitária e Industrial de Produtos de Origem Animal ou no de Agente de Fiscalização Agropecuária. Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Ilegitimidade passiva. Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão. Legitimidade. Decadência. Prescrição do fundo de direito. Não configuração. Direito líquido e certo. Comprovação. Inexistência. Gratificação de Desempenho de Atividade Técnica de Fiscalização Agropecuária GDATFA. Art. 1º da Lei n. 10.484/2002. Hipóteses taxativas.
>
> [...]
>
> 4. Não se trata de simples inserção no PCC, sujeita apenas à comprovação da estabilidade funcional, mas, sim, de reposicionamento de servidor já integrante do referido Plano de Cargos, que exige a verificação de eventual correlação entre o cargo ocupado e o cargo almejado, ou seja, providência que demandaria dilação probatória, incondizente com a via estreita da ação mandamental.
>
> [...]
>
> 6. Segurança denegada.
>
> (MS n. 11.904-DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 6.3.2013)

> Mandado de segurança. Lei n. 9.474/1997. Impedimento da autoridade impetrada. Não ocorrência. Reconhecimento da condição de refugiado. Necessidade de dilação probatória. Segurança denegada.
>
> [...]
>
> 3. No caso, o exame da questão de o impetrante estar ou não sendo alvo de perseguições ou de ser oriundo de região onde haja grave e generalizada violação de direitos humanos demandaria dilação probatória, o que é inviável em mandado de segurança.
>
> 4. Segurança denegada.
>
> (MS n. 17.611-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 25.3.2013)

> Processo Civil. Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Jornada de 40 horas semanais. Lei Distrital n. 2.663/2001 e Decreto n. 23.357/2004. Servidores aposentados. Princípio da paridade. Inovação recursal.

Descabimento. Ausência de comprovação do direito líquido e certo. Deficiência de fundamentação.

[...]

3. O mandado de segurança é ação submetida a um rito especial que demanda a comprovação de plano do alegado, não admitindo dilação probatória. O recorrente não comprovou que os associados aposentados antes da Lei n. 34/1989, efetivamente sujeitavam-se à carga horária de 40 horas semanais, estando ausente o suscitado direito líquido e certo.

[...]

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS n. 33.983-DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4.2.2013)

Portanto, não provado, de plano, o direito líquido e certo que o sindicato disse ter, não incide a norma prevista no art. 1º da Lei n. 12.016/2009, impondo-se, em decorrência, *a denegação da ordem*, ressalvado aos interessados, se assim o desejarem, a discussão pelas vias ordinárias.

Custas pelo impetrante, sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmula n. 105-STJ.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.533-DF (2012/0260896-6)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrante: Vanildo Pereira da Silva
Advogado: Sérgio Antunes Lima Júnior
Impetrado: Ministro de Estado da Fazenda
Interessado: União

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Alegação de improbidade administrativa. Aquisição de imóvel cujo valor é supostamente desproporcional à renda do impetrante. Demissão de servidor público.

Preliminar de pedido juridicamente impossível rejeitada. Objeto do *mandamus* que não questiona o mérito administrativo. Alegação apenas de prescrição do poder-dever da Administração em aplicar sanção disciplinar. Inocorrência. Ordem denegada.

1. É juridicamente possível o pedido que se restringe à declaração da prescrição do poder-dever da Administração em aplicar ao servidor sanção disciplinar.

2. Somente há inércia da Administração a partir do momento em que a mesma toma ciência da suposta irregularidade perpetrada pelo Agente Público.

3. A instauração de sindicância em desfavor do impetrante, com finalidade meramente investigatória, desprovida de contraditório e ampla defesa, não interrompe o prazo prescricional. Precedente desta Corte Superior de Justiça: RMS n. 33.871-ES, Rel. Min. *Arnaldo Esteves Lima*, DJe 5.6.2012.

4. A entrega da declaração de rendimentos tem natureza jurídica de obrigação tributária acessória, com finalidade eminentemente fiscal, não gerando presunção de conhecimento, pela Administração, de irregularidade perpetrada pelo Servidor que a presta.

5. Ausente o transcurso de lapso temporal superior a 5 anos entre a ciência do ato de improbidade e a aplicação da pena de demissão, não há se falar em prescrição do poder-dever de punir o Agente Público.

6. Ordem denegada, com a ressalva do direito do impetrante de impugar o ato administrativo nas vias ordinárias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Eliana Calmon, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Compareceu à sessão, o Dr. Rodrigo Frantz Becker, pela União.

Brasília (DF), 8 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 5.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. *Vanildo Pereira da Silva* impetra Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra suposto ato ilegal praticado pelo *Ministro da Fazenda*, que demitiu o impetrante - Auditor Fiscal da Receita Federal - sob o argumento de o mesmo ter praticado ato de improbidade administrativa, consubstanciado em possível aquisição de um apartamento no Rio de Janeiro, cujo valor é desproporcional à evolução patrimonial e à renda do servidor (art. 9º, VII da Lei n. 8.429/1992).

2. Na petição inicial de fls. 1-35, sustenta o impetrante ter ingressado no mencionado cargo público em 30.8.1985; relata ter adquirido o imóvel (Av. Prudente de Morais, 1.620, apto. 1.701, Ipanema, Rio de Janeiro) em 15.6.2000, pelo valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), tendo informado à Administração quanto ao referido incremento patrimonial em 2001, no momento em que declarou seus rendimentos para fins de incidência do imposto de renda; destaca ter adquirido um empréstimo para tanto junto à Empresa Guimarães & Lisboa Assessoria Contábil Ltda., no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o qual também consta na declaração elaborada no ano de 2001 (fls. 987); narra que, em 5.4.2007, foi surpreendido com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar n. 10768.001574-2007-61 em seu desfavor, que apurava suposto ato ímprobo embasado na referida propriedade adquirida em 15.6.2000 e no empréstimo mencionado, nos termos do art. 9º, VII da Lei n. 8.429/1992; assevera que o referido processo foi arquivado em 26.8.2008, por inexistência de comprovação da prática de ato de improbidade administrativa, mas, inobstante o acatamento da conclusão da Comissão Processante pela autoridade competente, houve posterior desarquivamento imotivado do processo, em 10.9.2009, pelo Corregedor da Receita Federal, que nomeou nova Comissão para o mesmo processo administrativo, o que culminou no indiciamento do impetrante em 8.11.2011 e sua posterior demissão em 9.11.2012, mediante a publicação da Portaria n. 371, editada pela autoridade coatora (fls. 891).

3. Pugna pela declaração de nulidade do ato que ensejou sua demissão e do processo administrativo que o subsidiou, com sua imediata e consequente reintegração ao cargo público, por entender prescrito o direito da Administração em aplicar-lhe punição administrativa, já que, entre a data em que a Administração tomou conhecimento acerca da aquisição do bem imóvel (ano de 2001) e a instauração do processo administrativo (5.4.2007) - assim como entre esta última data e a aplicação da penalidade de demissão (9.11.2012) -, transcorreu-se lapso temporal superior a 5 anos.

4. O pedido liminar foi indeferido às fls. 2.127-2.130.

5. Nas informações prestadas às fls. 2.139-2.203, requer a autoridade coatora, preliminarmente: (a) a declaração da carência do *mandamus*, por falta de interesse processual, ao argumento de não restar configurado direito líquido e certo do impetrante, que pretende adentrar no mérito administrativo em sede mandamental; (b) impossibilidade jurídica do pedido, visto que a tutela jurídica pleiteada se confunde com o próprio mérito da decisão proferida no processo administrativo.

6. No mérito, pleiteia a denegação da ordem pelos seguintes argumentos: (a) a demissão do Servidor não foi atingida pela prescrição, haja vista a declaração de bens promovida pelo impetrante no ano de 2001 não gerar presunção de conhecimento, pela Administração Pública, acerca de eventuais irregularidades declaradas por todos os seus servidores; (b) ao contrário do que alega o impetrante, a Administração teve ciência das irregularidades apenas em 12.1.2007, quando o Ministério Público Federal solicitou informações sobre o Servidor para instruir o Procedimento Investigatório Criminal n. 1.30.011.001156/2006-98, tendo o processo disciplinar sido instaurado em 23.10.2007, não havendo se falar, portanto, em prescrição, que somente ocorreria em 9.3.2013.

7. A douta Procuradoria-Geral da República, em manifestação emitida pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Wallace de Oliveira Bastos* (fls. 2.210-2.215), opinou pela denegação da segurança, em Parecer assim ementado:

> *Mandado de segurança*. Impetração contra ato do Ministro da Fazenda que editou a Portaria n. 371/2012 determinando a demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal por infringência ao art. 9º VII da Lei n. 8.429/1992. Alegação de ocorrência de prescrição. Inocorrência. No caso de infrações puníveis com penalidade de demissão a prescrição da pretensão punitiva se dá após decorridos 5 anos contados da data em que o fato se tornou

> conhecido - sendo certo que a instauração do PAD interrompe a contagem do prazo prescricional. Art. 142 I e ++ 1º e 3º da Lei n. 8.112/1990. Precedentes. Ausência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Parecer pela denegação da segurança.

8. É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Preliminarmente, requer a autoridade coatora o indeferimento da impetração - seja pela inexistência de direito líquido e certo em favor do impetrante, seja pela impossibilidade jurídica do pedido -, sob o fundamento de o pleito do impetrante se confundir com o próprio mérito administrativo.

2. Nesse ponto, não assiste razão à Administração, pois a análise acerca da existência - ou não - de direito líquido e certo confunde-se com o próprio mérito da demanda; ademais, o pedido do Servidor restringe-se à decretação da nulidade tanto do Processo Administrativo Disciplinar quanto da aplicação da pena de demissão, com esteio tão somente na declaração da prescrição do direito do impetrado em punir o impetrante disciplinarmente, matéria esta adstrita à análise do decurso do tempo e de eventual inércia por parte do impetrado, que não adentra, portanto, no juízo de conveniência e oportunidade administrativo.

3. Assim, não há se falar em análise de mérito administrativo, mas exclusivamente na possibilidade de decretação da extinção da pretensão punitiva da Administração Pública em face de sua inércia quanto à apuração dos fatos e punição do impetrante.

4. Rejeitam-se, portanto, as preliminares arguidas.

5. No mérito, pugna o Servidor, *exclusivamente*, pelo reconhecimento da prescrição do poder-dever da Administração em aplicar-lhe a pena de demissão.

6. Destaca, para tanto, que adquiriu o imóvel que ensejou sua condenação por ato de improbidade administrativa em 15.6.2000, tendo informado à Administração Pública acerca do referido incremento patrimonial em 2001, quando declarou seus bens e direitos para fins de incidência de imposto de renda (fls. 985-990).

7. Assevera que, mesmo tendo conhecimento quanto à aquisição do imóvel pelo impetrante em 2001, a Administração manteve-se inerte por período

superior a 5 (cinco) anos, visto que instaurou processo administrativo disciplinar contra o Servidor apenas em 5.4.2007.

8. Registra, ainda, que, entre o momento de instauração do Processo Administrativo Disciplinar (5.4.2007) e a aplicação da pena de demissão ao Servidor (publicação da Portaria n. 371, de 9.11.2012), transcorreu lapso temporal superior a 5 anos, o que igualmente justifica a decretação de nulidade do ato administrativo que lhe impôs a penalidade mencionada, diante da prescrição.

9. A análise detida dos autos, contudo, impõe a denegação da ordem.

10. Inicialmente, destaca-se que a prescrição consiste em um fato jurídico extintivo do direito subjetivo de seu titular em exigir uma pretensão, devido à sua inércia dentro do prazo fixado em lei.

11. Para fins de contagem do prazo prescricional no caso de aplicação de pena disciplinar pela Administração, o art. 142, § 1º da Lei n. 8.112/1990 define como termo *a quo* o momento em que a irregularidade se tornou conhecida da Administração.

12. Nesse ponto, pondera o eminente jurista José dos Santos Carvalho Filho competir ao intérprete a verificação, à luz do caso concreto, do marco inicial para a contagem do prazo prescricional, que *nem será necessariamente a data do ato, nem aquela na qual a Administração alega ter tido ciência do fato,* pois *há várias condutas sub-reptícias praticadas pelo servidor, que de nenhuma forma poderiam dar ensejo ao conhecimento pela Administração* (Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos, São Paulo, Atlas, 2012, p. 165).

13. Assim, após o início do prazo prescricional pelo conhecimento da irregularidade pela Administração, dispõe o § 3º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990 que a sua interrupção ocorre com a abertura de sindicância ou instauração de PAD contra o Servidor e se estende até a decisão final proferida pela autoridade competente; destaca-se, contudo, que a abertura de sindicância apenas interrompe o prazo prescricional quando há a notificação do Servidor para participar no processo, momento no qual lhe é oportunizado o direito ao devido processo legal disciplinar, que lhe garante os direitos ao contraditório e à ampla defesa; não serve como marco interruptivo, portanto, a instauração de procedimento administrativo com finalidade meramente investigatória, que busca tão-somente colher informações preliminares para futura instauração do PAD.

14. A propósito, cita-se o seguinte julgado desta egrégia Corte Superior de Justiça:

> Constitucional. Recurso em mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Caráter investigativo. Magistrado estadual. Instauração. Penalidade de advertência. Prescrição. Ocorrência. Recurso provido.
>
> 1. A ordem mandamental tem o escopo de tutelar direito comprovado de plano, sujeito à lesão ou ameaça de lesão por ato abusivo ou ilegal de autoridade.
>
> 2. "É cabível a interrupção da prescrição, em face da instauração de sindicância, somente quando este procedimento sumário tiver caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor" (MS n. 13.703-DF).
>
> 3. "Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, tendo em vista a ausência de previsão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) sobre o prazo prescricional para apuração de infrações disciplinares cometidas por magistrados, deve ser aplicado, em caráter subsidiário, o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei n. 8.112/1990) e, ainda, que a pena de censura, prevista naquele diploma legal, está sujeita à prescrição bienal de que trata o art. 142, inciso II, da Lei n. 8.112/1990" (RMS n. 19.609-SP).
>
> 4. *In casu*, a Administração tomou conhecimento do fato em 17.4.2006, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei n. 8.112/1990. Contudo, a instauração da sindicância em 17.7.2006, pelo caráter estritamente investigatório, não interrompeu o prazo para aplicação da penalidade de advertência, que prescreve em 180 dias (art. 142, III, da Lei n. 8.112/1990), cujo procedimento administrativo disciplinar foi instaurado tão somente em 25.1.2008, quando já implementado o prazo prescricional.
>
> 5. Recurso ordinário provido para que, concedendo a segurança, seja declarada a prescrição da pretensão punitiva administrativa estatal, bem como seja anulada a pena de advertência, ficando prejudicadas as demais impugnações contidas nas razões recursais. (RMS n. 33.871-ES, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 5.6.2012)

15. A interrupção da prescrição pela instauração de sindicância ou PAD em desfavor do Servidor, entretanto, não é definitiva, já que, à luz dos arts. 152 e 167 da Lei n. 8.112/1990, a contagem da prescrição é reiniciada 140 dias após a instauração do processo disciplinar.

16. No caso em exame, registra-se que, em regra, a mera declaração de bens e rendimentos apresentada à Secretaria da Receita Federal, para fins de imposto de renda, não configura prova suficiente de que a Administração Pública teve

conhecimento de suposta irregularidade perpetrada pelo Servidor que lhe é vinculado.

17. E assim é porque a declaração de bens e direitos dirigida à Secretaria da Receita Federal constitui uma obrigação tributária acessória, imposta a todo cidadão contribuinte, com destinação eminentemente fiscal, justamente por visar ao cálculo do tributo que eventualmente irá incidir nos rendimentos pertencentes ao contribuinte.

18. Ademais, a suposta irregularidade praticada pelo impetrante não diz respeito à simples aquisição do imóvel e do empréstimo declarado: a ilegalidade a que faz alusão o processo administrativo é a descoberta, pela Administração, de que o imóvel adquirido pelo Servidor não possui apenas 235m² de área edificada, conforme enunciado no *site* da Secretaria Municipal de Fazenda do Rio de Janeiro, mas sim 485m², (fls. 999-1.002 e 1.168); consequentemente, revelou-se que o valor declarado pelo impetrante para a aquisição do apartamento luxuoso (R$ 300.000,00) era muito aquém do preço de mercado, ainda que se levasse em consideração o valor venal da residência no ano de 2000 (R$ 1.155.005,06 ou R$ 1.120.354,91) - conforme documento de fls. 1.169.

19. Conclui-se, dessa maneira, que a entrega à Receita Federal da declaração de rendimentos informou à Administração apenas a compra do imóvel, mas não lhe conferiu elementos suficientes que possibilitassem a análise da compatibilidade entre o preço pago pelo imóvel e o seu valor regular de mercado; por isso, o referido documento não pode ser considerado prova da ciência de possível irregularidade praticada pelo Agente Público.

20. Destaca-se, nesse aspecto, que, à luz da Lei n. 8.730/1993 - que *estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário* - para que a Administração promova a análise e o acompanhamento da evolução patrimonial do Servidor Público que lhe é vinculado, em regra, este último deve entregar, anualmente, à Unidade de Pessoal do órgão ou entidade, declaração que pormenorize, dentre outros, os imóveis por ele adquiridos, indicando *os valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade, com indicação concomitante de seus valores venais* (arts. 1º, VII e 2º, § 1º da Lei n. 8.730/1993).

21. Vê-se, portanto, que razão assiste à autoridade coatora, ao informar que teve ciência da suposta irregularidade praticada pelo impetrante apenas em 17.1.2007, quando recebeu do Ministério Público Federal o Ofício n. 22/2007,

que requisitou o envio das declarações anuais de renda do impetrante e cópias de eventuais procedimentos correcionais ou investigatórios instaurados em seu desfavor, para fins de instruir o Procedimento Investigatório Criminal n. 1.30.011.001156/2006-98; de fato, a Administração somente teve conhecimento acerca da divergência sobre o tamanho do imóvel e a defasagem entre seu valor de mercado e o preço desembolsado pelo Servidor adquirente, quando uma das autoridades da Receita Federal foi convocada por policiais para acompanhar a diligência de busca e apreensão realizada na residência do Servidor (Av. Prudente de Morais, 1.620, apto. 1.701, Ipanema, Rio de Janeiro) - fls. 999-1.000 - fatos estes que integram o rol de diligências investigatórias desenvolvidas a partir do Ofício n. 22/2007, do MPF.

22. Na mesma linha, razão assiste à autoridade coatora quanto à data em que ocorreu a interrupção do prazo prescricional (23.10.2007), já que a publicação da Portaria n. 263 (fls. 1.014) evidencia a instituição de Comissão de Inquérito incumbida de apurar os atos irregulares atribuídos ao impetrante no PAD n. 10768.001574/07-61; e assim é porque as diligências administrativas anteriores (fls. 978-1.013), providenciadas a partir de 5.4.2007 (fls. 977), possuem natureza meramente inquisitória, justamente por constituírem investigações administrativas desprovidas de contraditório e ampla defesa.

23. Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do relatório emitido pela Comissão de Inquérito designada pela Portaria n. 263/2007 (fls. 1.040-1.041):

> Como se encontra explicado na Informação Escor07 79, de 5 de outubro de 2007 (fls. 30 a 33), o presente processo teve início com Ofício do Ministério Público Federal (fl. 02 - Ofício/PR/RJ/LF/ 22/2007) por intermédio do qual se requisitavam à Superintendência Regional da Receita Federal na 7ª Região Fiscal cópias das declarações anuais de renda do servidor Vanildo Pereira da Silva, bem com de Miriam Affonso Martins e da empresa Silper do Brasil Ltda, e se requisitava ainda cópia de eventual procedimento correcional ou investigação instaurada contra o servidor Vanildo. (...).
>
> Posteriormente, V. Sa. acompanhou Mandado de Busca e Apreensão (fls. 03 a 05) realizado no apartamento 1.701, do edifício localizado no 1.620 da Rua Prudente de Moraes em Ipanema.
>
> Tendo verificado que o servidor havia adquirido este imóvel no ano de 2000 pelo valor declarado de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), conforme Declaração de Ajuste Anual juntada às fls. 8 a 13, na qual se constatava ainda a existência de um empréstimo obtido naquele ano no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), V. Sa. se viu provocado a investigar administrativamente o servidor.

> Nessas investigações preliminares foram juntados aos autos a escritura de compra e venda do referido imóvel (fls. 15 e 15v), a certidão do 5º Ofício do Registro de Imóveis do Rio de Janeiro (fls. 17, 17v, 18 e 18v), os Ofícios F/SUBG 027/2007 (fl. 22) e F/SMF 587/2007 (fl. 24) da Secretaria Municipal de Fazenda da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, este último encaminhando cópia de informação da Coordenadoria do ITBI a respeito da avaliação do valor de mercado do imóvel, e o Ofício GRPU/RJ/DIIFI/1669/2007 da Secretaria do Patrimônio da União (fl. 27), que informava o valor médio preliminar de mercado do referido imóvel.
>
> O processo foi então encaminhado para elaboração de juízo de admissibilidade, do qual resultou a Informação ESCOR07 79, de 5 de outubro de 2007 (fls. 30 a 33). Esta Informação, em síntese, ressalvando que se tratava ainda de uma fase pré-processual, de índole inquisitorial, considerou a possibilidade de que tenha havido no ano de 2000 uma variação desproporcional do servidor Vanildo Pereira da Silva. Estas conclusões decorriam do fato de se ter considerado o valor de aquisição do imóvel indicado pelo servidor e o empréstimo por ele obtido junto a uma empresa de assessoria contábil como operações que poderiam causar estranheza, a primeira por seu valor, e a segunda por sua origem. Concluiu a citada Informação que se deveria apurar, por meio de instauração de processo disciplinar, um eventual ato de improbidade administrativa, tendo sido citado especificamente o art. 9º, VII, da Lei n. 8.429/1992.

24. Observa-se, portanto, que a interrupção do prazo prescricional, iniciado em 12.1.2007, deu-se, de fato, em 27.10.2007, com a Publicação da Portaria Escor07 263, reiniciando-se a prescrição de 5 (cinco) anos, portanto, 140 (cento e quarenta) dias após àquela data.

25. Assim, como a Portaria n. 371, referente ao ato de demissão do impetrante, foi publicada em 9.11.2012, a imposição da penalidade disciplinar não se encontra fulminada pela prescrição, visto que publicada antes do escoamento do período de 5 (cinco) anos previsto no art. 142, inciso I da Lei n. 8.112/1990.

26. Conclui-se, dessa maneira, que não há se falar em direito líquido e certo do impetrante no tocante ao pedido de anulação.

27. Em face do exposto, *denega-se* a ordem, ressalvando-se o direito do impetrado em impugnar o ato de demissão nas vias ordinárias.

28. É o voto.

Brasília (DF), 9 de abril de 2013.

RECURSO ESPECIAL N. 1.384.418-SC (2013/0032089-3)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Advogado: Procuradoria-Geral Federal - PGF
Recorrido: Herondina Ferreira
Advogado: Aglair Teresinha Knorek Scopel

EMENTA

Processual Civil e Previdenciário. Regime Geral de Previdência Social. Benefício previdenciário. Recebimento via antecipação de tutela posteriormente revogada. Devolução. Realinhamento jurisprudencial. Hipótese análoga. Servidor público. Critérios. Caráter alimentar e boa-fé objetiva. Natureza precária da decisão. Ressarcimento devido. Desconto em folha. Parâmetros.

1. Trata-se, na hipótese, de constatar se há o dever de o segurado da Previdência Social devolver valores de benefício previdenciário recebidos por força de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) posteriormente revogada.

2. Historicamente, a jurisprudência do STJ fundamenta-se no *princípio da irrepetibilidade dos alimentos* para isentar os segurados do RGPS de restituir valores obtidos por antecipação de tutela que posteriormente é revogada.

3. Essa construção derivou da aplicação do citado princípio em Ações Rescisórias julgadas procedentes para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário, que, por conseguinte, adveio da construção pretoriana acerca da prestação alimentícia do direito de família. A propósito: REsp n. 728.728-RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005.

4. Já a jurisprudência que cuida da devolução de valores percebidos indevidamente por servidores públicos evoluiu para considerar não apenas o caráter alimentar da verba, mas também a boa-fé objetiva envolvida *in casu*.

5. O elemento que evidencia a boa-fé objetiva no caso é a "legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio" (AgRg no REsp n. 1.263.480-CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011, grifei). Na mesma linha quanto à imposição de devolução de valores relativos a servidor público: AgRg no AREsp n. 40.007-SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012; EDcl nos EDcl no REsp n. 1.241.909-SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011; AgRg no REsp n. 1.332.763-CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012; AgRg no REsp n. 639.544-PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargador convocada do TJ-PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013; AgRg no REsp n. 1.177.349-ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012; AgRg no RMS n. 23.746-SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.3.2011.

6. Tal compreensão foi validada pela Primeira Seção em julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, em situação na qual se debateu a devolução de valores pagos por erro administrativo: "quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e *definitivos*, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público." (REsp n. 1.244.182-PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012, grifei).

7. Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária.

8. Do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da *definitividade* do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.

9. Segundo o art. 3º da LINDB, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", o que induz à premissa de que o

caráter precário das decisões judiciais liminares é de conhecimento inescusável (art. 273 do CPC).

10. Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras.

11. À luz do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1º, da Lei n. 8.213/1991.

12. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Sérgio Kukina, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Licenciado o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Sustentou, oralmente, o Dr. João Marcelo Torres, pelo recorrente.

Brasília (DF), 12 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 30.8.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, **a**, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região cuja ementa é a seguinte:

> Previdenciário. Pensão por morte de filho. Concessão. Qualidade de dependente. Não comprovada.
>
> 1. A concessão do beneficio de pensão por morte depende da ocorrência do evento morte, da demonstração da qualidade de segurado do *de cujus* e da condição de dependente de quem objetiva a pensão.
>
> 2. Para fins de obtenção de pensão por morte de filho há que ser comprovada a dependência econômica em relação ao *de cujus*, ainda que não exclusiva, falecendo direito ao pensionamento se o auxílio prestado não era vital à manutenção dos genitores.
>
> 3. As prestações alimentícias, onde incluídos os benefícios previdenciários, se percebidas de boa fé, não estão sujeitas à repetição.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 201).

O INSS, nas razões do Recurso Especial, sustenta que os arts. 115 da Lei n. 8.213/1991 e 884 do CC foram violados. Afirma:

> A decisão de que os valores foram recebidos de boa-fé e, portanto, não precisam ser devolvidos, afronta o art. 115, II e § único, da Lei n. 8.213/1991, uma vez que esse disciplina explicitamente o desconto de valores recebidos de boa-fé além do devido.
>
> Logo, dizer que a boa-fé afasta a necessidade de devolução é negar vigência ao artigo 115 da Lei n. 8.213/1991, pois, a prevalecer a decisão com tal teor, o artigo ficaria absolutamente sem efeito e sem sentido.
>
> (...)
>
> Ademais, ao impedir-se o ressarcimento das quantias desembolsadas pelo Instituto, estar-se-ia chancelando verdadeiro enriquecimento indevido, o que é vedado pelo art. 884 do atual Código Q Civil.

A Segunda Turma deste Tribunal Superior determinou, em 2.5.2013, a remessa dos presentes autos a esta Primeira Seção.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Como já relatado, os presentes autos foram remetidos a esta Primeira Seção.

Levaram-se em conta as posições jurisprudenciais divergentes quanto à obrigatoriedade de o titular de direito patrimonial de caráter alimentar devolver parcelas recebidas por força de tutela judicial antecipada posteriormente revogada.

Como abaixo será demonstrado, há posições antagônicas aplicadas para servidores públicos e para segurados do Regime Geral de Previdência Social, o que denota a necessidade de reexame aprofundado da matéria diante do fato de que em ambos os casos trata-se de verbas alimentares.

Passo a descrever e analisar o cenário jurisprudencial.

1. Evolução jurisprudencial e tratamento adequado do tema

Após pesquisa histórica, constatei que o fundamento que a jurisprudência do STJ passou a considerar para dirimir a controvérsia acerca da devolução de valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, quanto a benefícios previdenciários, foi a incidência do *princípio da irrepetibilidade dos alimentos*.

Tal princípio sempre foi largamente utilizado como motivação em hipóteses de Ação Rescisória julgada procedente para cassar decisão rescindenda que concedeu benefício previdenciário.

A jurisprudência se consolidou, assim, no sentido de ser dispensável a devolução:

> Previdenciário. Conversão de benefício previdenciário em URV. Impossibilidade de restituição dos valores recebidos por força da decisão rescindenda. Ação rescisória. Cabimento. Súmula n. 343 do STF. Inaplicabilidade. Antecipação de tutela. Análise dos requisitos. Súmula n. 7. Impossibilidade.
>
> Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos.
>
> É cabível a ação rescisória que trate de matéria de índole constitucional, na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal tenha firmado orientação diversa do entendimento esposado no *decisum* rescindendo.

> O reexame da presença dos requisitos autorizadores do deferimento de tutela antecipada encontra óbice no Enunciado da Súmula n. 7-STJ.
>
> Recursos do INSS e de Camilo Osmar Klein desprovidos (REsp n. 728.728-RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 9.5.2005, p. 474).

Como se pode verificar em excerto deste último julgado, o *princípio da irrepetibilidade dos alimentos* aplicado aos casos de Ação Rescisória decorre de construção pretoriana acerca do direito de família:

> Em precedentes análogos, esta E. Turma já decidiu sobre a matéria objeto de exame nas razões do recurso especial interposto pela autarquia previdenciária. Assim, como razões de decidir, adoto os seguintes fundamentos trazidos pelo Exmo. Ministro Gilson Dipp nos autos do Recurso Especial n. 674.181-SC (DJ de 15.10.2004), *verbis:*
>
> > (...)
> >
> > Assim, uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, descabida é a restituição requerida pela Autarquia, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. A esse respeito, seguem os seguintes precedentes:
> >
> > > (...)
> > >
> > > Civil e Processual. Família. Ação revisional. Alimentos provisórios. Superveniência de sentença. Alimentos definitivos (art. 13, § 2º, Lei n. 5.478/1968). Agravo. Perda de objeto. Falta de interesse recursal.
> > >
> > > I. Fixados os alimentos definitivos (art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos), resta sem objeto o agravo de instrumento em que se discutia os alimentos provisórios fixados *initio litis*, dado ao princípio da irrepetibilidade dos mesmos.
> > >
> > > II. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 302.60-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 30.10.2000)
> > >
> > > *Alimentos*. Medida cautelar. Alimentos provisionais. Prestações vencidas e não pagas. Sentença definitiva favorável ao alimentante. Execução (possibilidade).
> > >
> > > Tendo a mulher obtido a concessão de alimentos provisionais, através de medida cautelar, a superveniência de sentença favorável ao alimentante, na ação principal de separação judicial, não lhe afeta o direito de executar as prestações vencidas e não pagas. A característica de antecipação provisória da prestação jurisdicional, somada a de irrepetibilidade dos alimentos garantem a eficácia plena da decisão concessiva dos alimentos provisionais. Do contrário, os

> devedores seriam incentivados ao descumprimento, aguardando o desfecho do processo principal.
>
> Recurso não conhecido. (REsp n. 36.170-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 1º.8.1994)

Dessume-se, pois, que o fundamento atual para a não devolução de valores pelo segurado em ações ordinárias revisionais deriva de entendimento proferido em Ações Rescisórias, embasado, por conseguinte, na jurisprudência acerca da prestação alimentícia do direito de família.

Ocorre que a presente hipótese – antecipação de tutela em ações revisionais ou concessórias previdenciárias – tem traço diferencial importante em relação às Ações Rescisórias: a decisão cassada na primeira situação é precária; e na segunda, definitiva.

Quanto a esse aspecto não poderia deixar de citar alguns julgados paradigmas, que ressaltam o caráter precário da decisão liminar antecipatória de tutela. A começar por orientação da Terceira Seção, posteriormente modificada, é bem verdade, mas que considero elucidativa (grifei):

> Previdenciário e Processual Civil. Devolução de valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada. Possibilidade. Limitação do desconto a 10% sobre o valor líquido da prestação do benefício.
>
> 1. *A tutela antecipada é provimento jurisdicional de caráter provisório, que, nos termos do art. 273, § 3º e 475-O do CPC, tem a sua execução realizada por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a decisão for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido*.
>
> 2. De acordo com o art. 115 da Lei n. 8.213/1991, que disciplina os planos de benefícios da Previdência Social, havendo pagamento além do devido, como no caso, o ressarcimento será efetuado por meio de parcelas, nos termos determinados em regulamento, ressalvada a ocorrência de má-fé.
>
> 3. Tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário e a condição de hipossuficiência do segurado, reputa-se razoável o desconto de 10% sobre o valor líquido da prestação do benefício, a fim de restituir os valores pagos a mais, decorrente da tutela antecipada posteriormente revogada.
>
> 4. *Embora possibilite a fruição imediata do direito material, a tutela antecipada não perde a sua característica de provimento provisório e precário, daí porque a sua futura revogação acarreta a restituição dos valores recebidos em decorrência dela (art. 273, § 3º e 475-O do CPC)*.
>
> 5. Recurso Especial do INSS provido.

(REsp n. 988.171-RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJ 17.12.2007, p. 343).

Na pesquisa jurisprudencial que realizei, ressalto o bem fundamentado acórdão de relatoria do e. Ministro Humberto Martins, que se aprofundou no exame do requisito da boa-fé objetiva daquele que recebe a parcela tida posteriormente como indevida. Segue a ementa (grifei):

> Administrativo. Servidor público. *Valores recebidos indevidamente por força de decisão judicial não definitiva*. Reforma da decisão em recurso especial. Critérios para identificação da boa-fé objetiva. Inexistência de comportamento amparado pelo direito no caso concreto. Possibilidade de restituição dos valores art. 46 da Lei n. 8.112/1990. Não aplicabilidade da Súmula n. 7-STJ.
>
> 1. O art. 46 da Lei n. 8.112/1990 prevê a possibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente aos servidores públicos. Trata-se de disposição legal expressa, não declarada inconstitucional e, portanto, plenamente válida.
>
> 2. Esta regra, contudo, tem sido interpretada pela jurisprudência com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. A aplicação desse postulado, por vezes, tem impedido que valores pagos indevidamente sejam devolvidos.
>
> 3. A boa-fé não deve ser aferida no real estado anímico do sujeito, mas sim naquilo que ele exterioriza. Em bom vernáculo, para concluir se o agente estava ou não de boa-fé, torna-se necessário analisar se o seu comportamento foi leal, ético, ou se havia justificativa amparada no direito. Busca-se, segundo a doutrina, a chamada boa-fé objetiva.
>
> 4. Na análise de casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado, ainda que implicitamente, um elemento fático como decisivo na identificação da boa-fé do servidor. Trata-se da *legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio.*
>
> 5. *É por esse motivo que, segundo esta Corte Superior, os valores recebidos indevidamente, em razão de erro cometido pela Administração Pública ou em decorrência de decisão judicial transitada em julgado e posteriormente reformada em ação rescisória, não devem ser restituídos ao erário.* Em ambas as situações, eventual utilização dos recursos por parte dos servidores para a satisfação das necessidades materiais e alimentares é plenamente justificada. *Objetivamente, a fruição do que foi recebido indevidamente está acobertada pela boa-fé, que, por sua vez, é consequência da legítima confiança de que os valores integraram em definitivo o patrimônio do beneficiário.*
>
> 6. *Situação diferente* - e por isso a jurisprudência do STJ permite a restituição - *ocorre quando os valores são pagos aos servidores em decorrência de decisão judicial*

de característica precária ou não definitiva. Aqui não há presunção de definitividade e, se houve confiança neste sentido, esta não era legítima, ou seja, não era amparada pelo direito.

7. *Se não havia razão para que o servidor confiasse que os recursos recebidos integraram em definitivo o seu patrimônio, qualquer ato de disposição desses valores, ainda que para fins alimentares, salvo situações emergenciais e excepcionais, não pode estar acobertado pela boa-fé, já que, é princípio basilar, tanto na ética quanto no direito, ninguém pode dispor do que não possui.*

8. No caso dos autos, os valores que foram pagos aos servidores não são decorrência de erro de cálculo efetuado pela Administração, mas sim de decisão judicial que ainda não havia transitado em julgado, e que foi posteriormente reformada. Ademais, em nenhum momento houve concordância da Administração com a quantia que foi paga, o que demonstra que sempre houve controvérsia a respeito da titularidade.

9. *Se os agravantes utilizaram desses valores, sem possuir a legítima confiança de que lhes pertenciam, não há como identificar a boa-fé objetiva nessa conduta*. Portanto, sendo a decisão judicial final desfavorável aos servidores, a devolução do que foi pago indevidamente se faz possível, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/1990.

10. Vale ressaltar que concluir pela ausência de boa-fé objetiva dos agravantes não implica em violação da Súmula n. 7-STJ, pois em nenhum momento se negou ou alterou os fatos que foram consignados pela instância ordinária, eles apenas sofreram uma nova qualificação jurídica.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.263.480-CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011).

Esse aprofundamento sobre o tema, em que a situação é analisada à luz da boa-fé objetiva, foi consagrado no acórdão proferido no REsp n. 1.244.182-PB, julgado pela Primeira Seção sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Naquele caso o objeto da discussão foi a devolução de valores recebidos administrativamente de forma indevida pelo servidor público, mas novamente os parâmetros caminham na mesma linha da apreciação da boa-fé objetiva e especificamente em relação à *definitividade* da parcela recebida. Segue a ementa, em que também inseri alguns grifos para destaque dos trechos que reputo importantes:

Administrativo. Recurso especial. Servidor público. Art. 46, *caput*, da Lei n. 8.112/1990 valores recebidos indevidamente por interpretação errônea de lei. Impossibilidade de restituição. *Boa-fé do administrado*. Recurso submetido ao regime previsto no artigo 543-C do CPC.

> 1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.
>
> 2. O art. 46, *caput*, da Lei n. 8.112/1990 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a *boa-fé*.
>
> 3. *Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.*
>
> 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução n. 8-STJ.
>
> 5. Recurso especial não provido.
>
> (REsp n. 1.244.182-PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.10.2012).

Apesar de toda a jurisprudência referente à restituição de valores pagos a servidores ter evoluído, os julgados aplicados aos casos de benefícios previdenciários ficaram estáticos na exclusiva fundamentação em torno do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, olvidando a evolução pretoriana que passou a considerar, em situação análoga concernente a verba alimentar, a boa-fé objetiva. Vale dizer: relevar a percepção, por parte do titular, da definitividade do recebimento da parcela alimentar paga.

Se a teoria da irrepetibilidade dos alimentos fosse suficiente para fundamentar a não devolução dos valores indevidamente recebidos, ela seria o embasamento exclusivo para todos os casos de servidor público, pois nessas hipóteses também se trata de verbas alimentares.

Aplicar-se-ia o entendimento de que em qualquer hipótese, independentemente de boa-fé, de definitividade ou de ser decisão judicial precária, a verba recebida indevidamente de servidor público seria irrepetível.

O precitado princípio haveria de ser, por fim, argumento suficiente para impor a não devolução de valores pagos por erro ou interpretação legal errônea da Administração no recurso especial repetitivo antes citado, da relatoria do Min. Benedito Gonçalves. Bastaria ser verba alimentar.

Segundo fixado naquele recurso representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), porém, os pagamentos a servidor público por erro da Administração não são repetíveis diante da presunção, por parte do servidor, da boa-fé referente à presunção do recebimento definitivo dos valores.

Ou seja, na mesma linha do já mencionado AgRg no REsp n. 1.263.480-CE (Rel. Ministro Humberto Martins), o que se constata pela evolução jurisprudencial é que há outro critério a ser levado em conta, além do requisito da natureza alimentícia.

Não é suficiente, pois, que a verba seja alimentar, *mas que o titular do direito o tenha recebido com boa-fé objetiva, que consiste na presunção da definitividade do pagamento*.

Esses são, portanto, os parâmetros para a resolução da presente controvérsia.

Diante de tais premissas, não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela relativos a benefícios previdenciários têm caráter alimentar e são recebidos legitimamente pelo segurado enquanto em vigor o título judicial precário.

O ponto nodal, por sua vez, consiste no requisito objetivo relativo à percepção, pelo segurado, da *definitividade* do pagamento recebido via tutela antecipatória.

De acordo com os parâmetros acima delineados, a decisão que antecipa liminarmente a tutela, na forma do art. 273 do CPC, não enseja a presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integram, em definitivo, o seu patrimônio.

Não há legitimidade jurídica para que o segurado presuma o contrário, até porque invariavelmente está o jurisdicionado assistido por advogado, e, por força do disposto no art. 3º da LINDB ("ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"), deve estar ciente da precariedade do provimento judicial que lhe é favorável e da contraposição da autarquia previdenciária quanto ao mérito.

Não se pode, contudo, atrelar ao conceito de boa-fé objetiva o fato de o segurado receber legitimamente (decisão judicial) o benefício previdenciário. Essa hipótese está ligada ao caráter subjetivo da boa-fé, que é inquestionavelmente presente.

Há precedentes da Primeira Seção na linha de compreensão da devolução de valores em caso de servidores públicos, entre os quais:

> Processual Civil. Servidor público. Antecipação de tutela. Liminar revogada. Restituição de valores indevidamente recebidos. Possibilidade.

1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que os valores indevidamente pagos por força de decisão judicial liminar posteriormente revogada são passíveis de devolução.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 40.007-SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.4.2012).

Administrativo. Embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso especial. Militar. Valores percebidos em razão de tutela antecipada posteriormente cassada. Devolução. Decorrência lógica. Embargos rejeitados.

1. A circunstância de se tratar de servidor público militar, regido por norma específica silente sobre o tema da restituição, não afasta a obrigatoriedade de ressarcir a embargada pelos valores recebidos durante o período abrangido pela decisão judicial precária, porquanto a obrigatoriedade de restituição decorre da consequência lógica da cassação da tutela antecipada, para assegurar o retorno das partes ao seu *status quo ante*.

2. Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EDcl no REsp n. 1.241.909-SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 15.9.2011).

Administrativo e Processual Civil. Servidor público. Tutela de urgência. Liminar revogada. Restituição de valores indevidamente recebidos. Possibilidade.

1. Os valores recebidos pelos agravantes, servidores públicos, não decorrem de erro da Administração ou da rescisão de sentença transitada em julgado, mas, sim, da revogação de decisão que possuía natureza cautelar.

2. É firme a jurisprudência nesta Corte Superior no sentido de que os valores indevidamente pagos por força de decisão judicial liminar posteriormente revogada são passíveis de devolução. Precedentes de ambas as Turmas da *Primeira Seção*: (AgRg no AREsp n. 40.007-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 10.4.2012, DJe 16.4.2012), (EDcl no RMS n. 32.706-SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 9.11.2011), (AgRg no REsp n. 1.263.480-CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.9.2011, DJe 9.9.2011).

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.332.763-CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.8.2012).

Administrativo. Servidor público. Valores recebidos por força de medida liminar. Posterior denegação da ordem. Restituição devida. Decadência. Inocorrência. Termo inicial.

1. A Administração Pública possui o direito de obter a restituição dos valores indevidamente pagos por força de decisão judicial liminar posteriormente revogada, desde que observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Precedentes do STJ.

2. Apenas com a denegação definitiva da segurança, e a consequente cassação da liminar anteriormente concedida, tem início o prazo decadencial estabelecido na Lei n. 9.784/1999. A partir deste momento surge para a Administração a possibilidade de instaurar procedimento com vistas a obter o ressarcimento dos valores pagos e reconhecidos judicialmente como indevidos.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS n. 23.746-SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14.3.2011).

Agravo regimental no recurso especial. Administrativo. Servidor público. Liminar revogada. Restituição de valores indevidamente recebidos. Possibilidade. Art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Decadência administrativa. Inocorrência.

1. A jurisprudência dessa Corte firmou orientação no sentido de que os valores indevidamente pagos por força de decisão judicial liminar posteriormente revogada são passíveis de devolução, sob pena de enriquecimento ilícito por parte dos servidores beneficiados. Precedentes.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que o prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, se iniciou na data de publicação, uma vez que não seria possível retroagir para limitar a Administração em relação aos passados.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 639.544-PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Sexta Turma, DJe 29.4.2013).

Processual Civil e Administrativo. Servidor público. Liminar revogada. Restituição de valores indevidamente recebidos. Possibilidade. Aplicação da Súmula n. 7-STJ. Agravo desprovido.

I - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que é obrigatória a devolução por servidor público de vantagem patrimonial paga pelo erário público, em face de cumprimento de decisão judicial precária, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

II - O v. acórdão recorrido decidiu com base em elementos probatórios disponíveis nos autos. Reexaminá-lo implicaria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula n. 7-STJ.

III - Agravo interno desprovido (AgRg no REsp n. 1.177.349-ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º.8.2012).

Por dever da aqui tão propalada boa-fé, cito alguns precedentes em sentido contrário:

Administrativo e Processual Civil. Militar. Pensão especial de ex-combatente. Recebimento em virtude de tutela antecipada posteriormente cassada. Restituição ao erário dos valores indevidamente pagos. Verba de natureza alimentar. Impossibilidade. Violação do art. 97 da Carta Magna. Descabimento.

1. O STJ tem adotado o posicionamento de que não deve haver ressarcimento de verbas de natureza alimentar, como as decorrentes de benefícios previdenciários, recebidas em virtude de antecipação de tutela, posteriormente revogada.

2. O princípio da irrepetibilidade das prestações de caráter alimentício e a boa-fé da parte que as recebeu por força de decisão judicial obstam a devolução das quantias auferidas.

3. Decidida a questão jurídica sob o enfoque da legislação federal, sem qualquer juízo de incompatibilidade vertical com a Constituição Federal, é inaplicável a regra da reserva de plenário prevista no art. 97 da Carta Magna.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 28.008-SC, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 19.3.2013).

Administrativo. Servidor público. Devolução de valores. Decisão antecipatória. Verbas alimentares. Impossibilidade.

1. Os valores recebidos em virtude de decisão judicial precária devem ser restituídos ao erário, via de regra. Todavia, nos casos de verbas alimentares, surge tensão entre o princípio que veda o enriquecimento sem causa e o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

2. Esse confronto tem sido resolvido, nesta Corte, pela preponderância da irrepetibilidade das verbas de natureza alimentar, quando recebidas de boa-fé pelo agente público.

3. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento, inclusive em recente decisão proferida sob a sistemática dos recursos repetitivos REsp n. 1.244.182-PB (Rel. Min. Benedito Gonçalves), no sentido de que os valores recebidos pelos administrados em virtude de erro da Administração ou interpretação errônea da legislação não devem ser restituídos, porquanto, nesses casos, cria-se uma falsa expectativa nos servidores, que recebem os valores com a convicção de que são legais e definitivos, não configurando má-fé na incorporação desses valores.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.341.308-PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8.2.2013).

Quanto às parcelas previdenciárias não há controvérsia:

Direito Previdenciário. Recurso especial. Inexigibilidade da devolução de valores recebidos por força de decisão judicial posteriormente modificada. Inaplicabilidade, no caso, da cláusula de reserva de plenário. Recurso especial do INSS desprovido.

1. Diante do caráter social das normas previdenciárias, que primam pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais.

2. A realidade fática demonstra que o segurado, ao obter a concessão de um benefício por força de decisão judicial, acredita que o seu recebimento é legítimo, não tendo conhecimento da provisoriedade da decisão e da possibilidade de ter que restituir esse valor, máxime se essa advertência não constou do título que o favoreceu.

3. Em face da boa-fé do segurado que recebeu o aumento do valor do seu benefício por força de decisão judicial, bem como em virtude do caráter alimentar dessa verba, mostra-se inviável impor ao beneficiário a restituição das diferenças recebidas, por haver a decisão sido reformada ou por outra razão perdido a sua eficácia.

Precedentes do STJ.

4. Não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade do art. 115 da Lei n. 8.213/1991, uma vez que, no caso, apenas foi dado ao texto desse dispositivo interpretação diversa da pretendida pelo INSS.

5. Recurso Especial do INSS desprovido (REsp n. 1.356.427-PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29.4.2013).

Previdenciário. Agravo regimental. Benefício. Devolução das parcelas percebidas por força de decisão judicial precária. Desnecessidade. Cláusula de reserva de plenário. Não violação. Interpretação do direito infraconstitucional.

1. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal.

2. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte, não é devida a repetição de valores percebidos pelo segurado nas hipóteses de erro administrativo da autarquia no cálculo do benefício e de posterior cassação de antecipação de tutela, ante o caráter social das demandas de natureza previdenciária, associada à presença da boa-fé do beneficiário.

3. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal quando não haja declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por violados, tampouco afastamento destes, mas tão somente a interpretação do

> direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte. Precedentes.
>
> 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 291.165-RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 15.4.2013).

Trago, além da crítica relativa à distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, fundamento pragmático e axiológico à baila.

Evidencia-se a desproporcionalidade entre duas situações: nas hipóteses em que o Poder Judiciário desautoriza a reposição ao Erário em casos como o dos autos, e naqueles em que o próprio segurado pode tomar empréstimos e consignar descontos em folha. Isto é, o Erário "empresta" (via antecipação de tutela posteriormente cassada) ao segurado e não pode cobrar nem sequer o principal. Já as instituições financeiras emprestam e recebem, mediante desconto em folha, não somente o principal como também os juros remuneratórios.

É devida, portanto, a devolução dos valores de benefícios previdenciários recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada.

Não obstante tal entendimento, o princípio da dignidade da pessoa humana deve incidir *in casu* como diretriz da forma de ressarcimento, conforme passarei a fundamentar abaixo.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e o mecanismo legal de devolução dos valores

Indubitavelmente, o caráter alimentar dos benefícios previdenciários está indissociavelmente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de forma que as imposições obrigacionais sobre os respectivos proventos não comprometam o sustento do segurado.

O princípio da dignidade da pessoa humana, na sua dimensão objetiva, visa garantir um contexto adequado à subsistência do indivíduo.

O desafio a ser enfrentado nessa fase da argumentação, em que se concluiu pela necessidade de devolução da antecipação de tutela posteriormente revogada, é parametrizar critérios de ressarcimento que respeitem o mencionado superprincípio.

Há vários paradigmas legais que demonstram qual o grau de comprometimento da remuneração que não prejudica o sustento do titular de verba alimentícia.

A começar pela presente hipótese, os descontos sobre os benefícios previdenciários são estipulados pelo art. 115 da Lei n. 8.213/1991, do qual extraio os seguintes excertos (grifei):

> Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:
>
> (...)
>
> II - pagamento de benefício além do devido;
>
> (...)
>
> VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, *até o limite de trinta por cento do valor do benefício*. (Incluído pela Lei n. 10.820, de 17.12.2003)
>
> Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé.
>
> § 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (Renumerado pela Lei n. 10.820, de 17.12.2003)

Mantive o preceito relativo aos denominados empréstimos financeiros consignados para destacar o valor máximo de comprometimento da renda mensal fixado no patamar de 30% (trinta por cento).

A regulamentação mencionada no § 1º do art. 115 foi feita pelo art. 154 do Decreto n. 3.048/1999 (grifei):

> Art. 154. O Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício:
>
> II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º ao 5º;
>
> (...)
>
> § 3º Caso o débito seja originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, atualizado nos moldes do art. 175, devendo cada parcela corresponder, no máximo, *a trinta por cento do valor do benefício em manutenção*, e ser descontado em número de meses necessários à liquidação do débito.

Novamente é, portanto, estabelecido o limite de 30% de desconto sobre o benefício previdenciário.

O Decreto n. 6.386/2008, que regulamenta os descontos em folha dos servidores públicos federais, adota o mesmo paradigma percentual (grifei):

> Art. 8º A soma mensal das consignações facultativas de cada consignado não excederá a *trinta por cento* da respectiva remuneração, excluído do cálculo o valor pago a título de contribuição para serviços de saúde patrocinados por órgãos ou entidades públicas, na forma prevista nos incisos I e II do art. 4º (Redação dada pelo Decreto n. 6.574, de 2008).

A posição jurisprudencial nesta Corte Superior não destoa do modelo legal:

> Agravo regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Empréstimo consignado. Legalidade da avença. Menores taxas de juros. Limitação do desconto em folha de pagamento do trabalhador. Percentual de 30%. Previsão legal. Equilíbrio entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário.
>
> 1. Não incidem as Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ quando os fatos delineados pelas instâncias ordinárias se revelarem incontroversos, de modo a permitir, na via especial, uma nova valoração jurídica, com a correta aplicação do Direito ao caso concreto.
>
> 2. Este Tribunal Superior assentou ser possível o empréstimo consignado, não configurando tal prática penhora de salário, mas, ao revés, o desconto em folha de pagamento proporciona menores taxas de juros incidentes sobre o mútuo, dada a diminuição do risco de inadimplência do consumidor, por isso a cláusula contratual que a prevê não é reputada abusiva, não podendo, outrossim, ser modificada unilateralmente.
>
> 3. Entretanto, conforme prevêem os arts. 2º, § 2º, I, da Lei n. 10.820/2003, 45 da Lei n. 8.112/1990 e 8º do Decreto n. 6.386/2008, a soma dos descontos em folha referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil não poderá exceder a 30% (trinta por cento) da remuneração disponível do trabalhador. É que deve-se atingir um equilíbrio (razoabilidade) entre os objetivos do contrato e a natureza alimentar do salário (dignidade da pessoa humana). Precedentes do STJ.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EDcl no REsp n. 1.223.838-RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, DJe 11.5.2011).

> Administrativo. Servidor público. Empréstimos pessoais. Desconto em folha de salário. Limitação. 30% dos vencimentos.
>
> 1. A jurisprudência sedimentada nesta Corte é no sentido da possibilidade de se proceder ao desconto em folha de pagamento, de prestações referente

> a contrato de empréstimo pessoal de servidor com instituições financeiras, desde que o valor a ser descontado não ultrapasse a 30% (trinta por cento) da remuneração mensal do servidor.
>
> 2. Aplicação o disposto no art. 2º da Lei n. 10.820/2003 c.c. os arts. 45 da Lei n. 8.112/1990 e 8º do Decreto n. 6.386/2008.
>
> 3. O objetivo da disposição legal, ao estabelecer porcentagem máxima para os descontos consignáveis na remuneração do servidor é evitar que este seja privado dos recursos necessários para sua sobrevivência e a de seus dependentes; buscando atingir um equilíbrio entre o objetivo do contrato (razoabilidade) e o caráter alimentar da remuneração (dignidade da pessoa humana).
>
> 4. É dever do Estado, órgão responsável pelo pagamento dos vencimentos, dar consecução às medidas necessárias para que os servidores públicos fiquem protegidos de situações que confiscam o mínimo existencial, noção resultante, por implicitude, dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.
>
> 5. Recurso provido (REsp n. 1.284.145-RS, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 26.11.2012).

Não obstante a reiteração referencial ao índice máximo de 30%, considero adequado à hipótese adotar, por simetria, o percentual mínimo de desconto aplicável aos servidores públicos referido no art. 46, § 1º, da Lei n. 8.112/1990. Transcrevo o citado dispositivo legal:

> Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.
>
> § 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

Assim, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e levando-se em conta o dever do segurado de devolução do valores recebidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento:

a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida;

b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção do mesmo segurado até a satisfação do crédito.

Por todo o exposto, *dou provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

VOTO VENCIDO

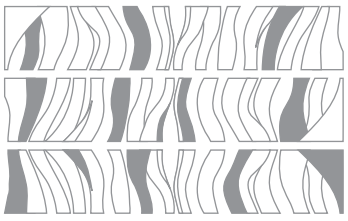
O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sr. Presidente, na Terceira Seção o entendimento era no sentido da não obrigação de devolver, quando o segurado recebia, em razão de antecipação de tutela ou liminar.

Na Primeira Turma, temos seguido também essa mesma orientação, salvo quando continua recebendo, por um equívoco, depois que a liminar foi desconstituída ou concedida tutela antecipada. Mas, enquanto sob vigência de uma das duas decisões, o entendimento foi esse e tem sido esse na Primeira Turma, até pela natureza da obrigação - matéria previdenciária -, por utilizar aquele fundamento que é mais metajurídico, mas tem consistência social: a hipossuficiência desses segurados. Isso ocorre como regra, com quem recebe pequenos valores da Previdência.

Temos que levar em conta que o Sr. Ministro Herman Benjamin está fazendo uma comparação com empréstimo consignado em folha. Teríamos que fazer uma comparação também com o que ocorre com o funcionário. O funcionário, pela lei, quando tem que restituir, restitui 10%; o segurado, 30%. É um tratamento totalmente desigual e muito mais rigoroso com quem, como regra, tem uma situação pior sob o aspecto do que recebe.

Por essas razões e pelos princípios que adotamos na Primeira e Terceira Turmas, peço vênia para divergir.

É o voto.



Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 20.634-PE (2013/0053705-6)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Agravante: Fazenda Nacional
Procurador: Claudio Xavier Seefelder Filho e outro(s)
Agravado: Usina Ipojuca S/A
Advogado: Gustavo Henrique Ventura e outro(s)

EMENTA

Medida cautelar. Compensação tributária.

A compensação, na forma declarada pelo contribuinte, extingue o crédito tributário, sob condição resolutiva (L. n. 9.430/1996, art. 74, § 2º); extinto o crédito, não há como cobrá-lo, nem como suspendê-lo, porque o crédito simplesmente não existe.

A condição resolutiva pode, todavia, surtir seus efeitos se, no prazo de até cinco anos contados da entrega da declaração (L. n. 9.430/1996, art. 74, § 5º), a autoridade fiscal deixar de homologar a compensação; esse ato corresponde ao lançamento de ofício, tanto que dele cabe impugnação e, mal sucedida esta, recurso para o Conselho de Contribuintes (*hoje, sob a denominação de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf*).

Quer dizer, o período de (5) cinco anos que se segue à declaração de compensação corresponde ao prazo que a Fazenda Pública tem para constituir o crédito tributário; é, portanto, um prazo de decadência, não de prescrição, que só inicia com a decisão que indefere o pedido compensação.

Nessa linha, estão equivocados os precedentes jurisprudenciais que atribuem à declaração de compensação o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário; a declaração de compensação, como visto, extingue o crédito tributário sob condição resolutiva.

Agravo regimental provido para indeferir a medida cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para indeferir a medida cautelar nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 28.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O agravo regimental ataca a seguinte decisão:

"1. Os autos dão conta de que a União ajuizou execução fiscal da dívida ativa contra Usina Ipojuca S/A (e-STJ fl. 44).

O MM. Juiz Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco Dr. Tarcísio Barros Borges indeferiu o pedido de exclusão parcial do débito tributário articulado por Usina Ipojuca S/A, sob o fundamento de que 'a executada aderiu ao parcelamento previsto na Lei n. 11.941/2009, incluindo o presente débito sem qualquer ressalva, fato que importa na confissão irretratável da dívida, na forma do art. 5º da citada norma legal' (e-STJ fl. 116).

Interposto agravo de instrumento, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, relator o Juiz Francisco Barros Dias, negou-lhe provimento por unanimidade nos termos do acórdão assim ementado:

'Tributário. Prescrição dos créditos tributários. Parcelamento. Pedido de compensação. Continuidade do feito executivo.

Em matéria tributária a prescrição é causa de extinção do crédito tributário, quando este deixa de existir, não se podendo atribuir a possibilidade de restauração da dívida em função do reconhecimento da dívida decorrente de parcelamento. Pensar em sentido contrário, seria criar uma nova espécie de suspensão do crédito tributário, quando o legislador não o fez, atribuindo como efeito da prescrição sua extinção propriamente dita, vide art. 156, VI, do CTN.

Considerando o entendimento decorrente do julgamento do STJ, sob a sistemática do recurso repetitivo, encontra-se devidamente constituído o crédito tributário, nos moldes da Súmula n. 436 do STJ (A entrega da declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco).

O pedido de compensação da dívida, portanto, através do qual o contribuinte reconheceu o inadimplemento da obrigação tributária, resultou na interrupção do prazo prescricional, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional. Precedente: REsp n. 200800774148, *Mauro Campbell Marques*, STJ - *Segunda Turma*, DJe *Data*: 28.9.2010.

Tendo, portanto, sido interrompido o prazo no momento de apresentação do pedido de compensação, em meados de maio e agosto de 2004, verifica-se que não transcorreu o prazo prescricional integralmente.

Agravo de instrumento conhecido mas não provido. Prejudicados os embargos de declaração opostos em face da decisão interlocutória' (e-STJ fl. 150).

Opostos embargos de declaração (e-STJ fl. 152-161), foram rejeitados (e-STJ fl. 162-170). Extrai-se do voto condutor:

'O Embargante, nas suas razões, afirma que as DCTF's do 1º e 2º trimestres de 2004 foram recepcionadas em 12.5.2004 e 13.8.2004, alegando ainda que as compensações foram realizadas antes da entrega da DCTF e foram informadas nestes documentos, consoante fls. 217-245.

Contudo, tais documentos apenas ratificam o teor da impugnação apresentada pela Fazenda em sede de exceção de pré-executividade (fl. 262).

Verifica-se que a declaração de compensação foi apresentada quando da transmissão da DCTF em 12.5.2004, interrompendo o prazo prescricional, que só voltou a fluir com a não homologação da compensação, ocorrida em 9.1.2009.

Conforme cópia da representação (fl. 278), constata-se que nas DCTFs concernentes ao 1º, 2º, 3º e 4º trimestres de 2004, e aos meses de janeiro a outubro de 2005, a Embargante compensou os débitos de IPI com créditos supostamente amparados por meio de decisão judicial. Ainda informa o documento que a decisão proferida no MS impetrado não foi favorável ao Embargante, tendo o TRF 5ª Região mantido tal pronunciamento, razão pela qual o Contribuinte atravessou Recurso Especial REsp n. 659.459-PE, ainda pendente de julgamento.

Assim, inexistindo decisão favorável e considerando que os débitos informados na DCTF constituem confissão de dívida, devem ser encaminhados para Procuradoria para inscrição em dívida ativa.

Relata ainda o documento que o sujeito passivo ajuizou Medida Cautelar n. 11.993 perante o STJ requerendo atribuição de efeito suspensivo ao REsp, tendo sido deferida em 1º.9.2006 a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários do PAF n. 13401.000216/2001-93 até o julgamento do recurso especial. Por tal PAF não se estender ao presente caso, asseverou-se que inexistia impedimentos judiciais à imediata cobrança dos débitos.

Na verdade, pelo que se verifica, no REsp ajuizado, posteriormente, o Contribuinte requereu a desistência, sendo declarada, então, a perda de objeto da medida cautelar. Esta, por sua vez não se direcionava ao processo administrativo em tela.

Sendo assim, se a declaração de compensação foi apresentada em maio de 2004, juntamente com a DCTF, houve interrupção nesta data do prazo de prescrição, que voltou a correr com a não homologação da compensação, ocorrida com o pronunciamento da Fazenda Nacional na Representação Fiscal em 9.1.2009. Desta forma, inexistente a prescrição.

Na realidade, a Embargante busca apontar um defeito de interpretação tática, na medida em que a Fazenda utilizou de linguagem inadequada, afirmando que a interrupção da prescrição havia ocorrido com o pedido de compensação, quando na realidade a interrupção da prescrição se deu com o pronunciamento da Fazenda Nacional em 9.1.2009, com a não homologação da compensação, cujo ato é ensejador da prescrição.

Assim, os fatos que o Embargante afirma não terem sido julgados de acordo com o que consta do processo, agora a sua veracidade está reposta, pois a interrupção do prazo de prescrição, conforme comprovado nos autos se deu com a não homologação da compensação, repita-se.

O que existe nos autos é essa situação fática. A Fazenda equivocou-se no momento da interrupção da prescrição e a Embargante aproveitando esse equívoco, procura caminhar a matéria como sendo de equívoca interpretação fática.

Apresentando o pedido de compensação, tem a Fazenda prazo para homologá-lo. Assim, a prescrição só volta a correr após a decisão, não havendo que se falar em prescrição durante tal período.

Desta feita, não há o que se falar em omissão, contradição ou obscuridade, pelo que os presentes embargos declaratórios interpostos, nesta parte, merecem serem rejeitados' (e-STJ fl. 166-167).

Daí o recurso especial interposto por Usina Ipojuca S/A com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, alegando violação do art. 174, parágrafo único, do Código de Processo Civil (e-STJ fl. 171-189); não admitido na origem (e-STJ fl. 190), seguiu-se recurso de agravo (e-STJ fl. 192-213).

2. Usina Ipojuca S/A ajuizou, então, a presente medida cautelar, visando à atribuição de efeito suspensivo ao agravo em recurso especial (e-STJ fl. 01-19).

Lê-se na petição:

'O acórdão fustigado contrapõe-se, nitidamente, as prescrições contidas no artigo 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, expressamente mencionadas no r. acórdão *a quo*, e que versam acerca da aplicação da prescrição em matéria tributária.

(...)

Claras são as argumentações discorridas na presente que demonstram, *data venia*, o equívoco interpretativo cometido pela decisão do egrégio TRF5, cobrando uma dívida que já se encontra prescrita, o que vem trazendo prejuízos a requerente, pois está impedida, por exemplo, de obter financiamentos com bancos públicos e de comprar equipamentos, indispensáveis a sua atividade, por meio do Finame, oferecido pelo BNDES.

Sem a suspensão da exigibilidade do crédito tributário aqui discutido, a requerente fica afastada dessas linhas de financiamento, restando se submeter a outras bem mais onerosas, o que compromete, inclusive, a sua competitividade com as demais empresas do setor. Além disso, é notória a dificuldade que as empresas agrícolas vem sofrendo com maior seca nos últimos anos na região nordeste' (e-STJ fl. 06-15).

3. Quem pede a quitação de um débito fiscal mediante a compensação de um crédito, está evidentemente reconhecendo a dívida de sua responsabilidade.

Aqui se discute se, interrompido pelo reconhecimento da dívida o prazo de prescrição, a Fazenda Pública pode cobrar o débito se, recusada administrativamente a compensação, a ordem de citação na execução fiscal só ocorreu mais de cinco anos após a data do reconhecimento da dívida pelo contribuinte.

O *thema decidendum* é relevante, e o perigo da demora é evidente.

Por isso, defiro a medida liminar para atribuir efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial" (e-STJ, fl. 253-257).

A teor do recurso, *in verbis*:

"Excelência, *data maxima venia*, a liminar foi deferida 'para atribuir efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão que não admitiu o recurso especial'.

Neste contexto, salvo melhor juízo, permanece hígida a decisão do TRF5 objeto do recurso especial, uma vez que não foi atribuído efeito suspensivo ao recurso especial, mas apenas ao agravo que não admitiu o REsp.

Por lealdade processual e no intuito de compreender os efeitos da decisão liminar em face dos pedidos feitos pela autora em sua petição inicial, a União-PGFN requer seja analisado e esclarecido/sanado o eventual erro material; contradição entre os fundamentos e o dispositivo da decisão liminar, levando-se em consideração o pedido da autora, com a única finalidade de estabelecer a correta extensão/efeitos da decisão, visando poder cumpri-la adequadamente, em toda respeito à autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça" (e-STJ, fl. 270).

"(...) o período compreendido entre o pedido de compensação, via DCTF, e a análise do Fisco sobre a homologação da compensação pleiteada não transcorreram mais de cinco anos, uma vez que o tributo estava suspenso. Somente após a devida análise do Fisco (9.1.2009) iniciou-se a contagem do prazo prescricional interrompido pelo pedido de compensação que reconheceu os débitos (art. 174, parágrafo único, inciso IV, do CTN). Tendo sido ajuizado o executivo fiscal em 12.8.2009 e o despacho de cite-se ocorrido em 25.9.2009 (art. 219, § 1º, do CPC) evidencia-se que não há falar-se em prescrição qualquer no presente caso.

(...)

Disso resulta que não merece ser acolhida a presente medida cautelar, mormente poque o *periculum in mora* invocado, como se percebe, é inexistente, posto que fabricado, uma vez que na improvável hipótese de provido seu recurso especial, ainda remanesceria hígida a maior parte do crédito tributário excutido,

o que impossibilitaria a expedição da CPEN com base exclusivamente no provimento de seu REsp" (e-STJ, fl. 274-275).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. A teor da petição inicial, Usina Ipojuca S/A compensou, no âmbito de lançamento por homologação, débitos relativos a diversos tributos (e-STJ, fl. 02) com "créditos supostamente amparados por meio de decisão judicial" (e-STJ, fl. 166), estes referentes ao Imposto Sobre Produtos Industrializados (e-STJ, fl. 02).

O título que autorizaria a compensação se desfez quando Usina Ipojuca S/A requereu a desistência da ação judicial, e - confessando parte da dívida - obteve, nessa medida, o parcelamento (e-STJ, fl. 04).

A dívida correspondente ao período de janeiro a agosto de 2004 deixou, por iniciativa de Usina Ipojuca S/A, de ser incluída no parcelamento, ao entendimento de que já não poderia ser cobrada à vista da prescrição.

O tema foi objeto de exceção de pré-executividade oposta em execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional, e o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo,* mantendo a decisão do MM. Juiz Federal pela rejeição do incidente, foi atacado por recurso especial que pende de julgamento.

A medida cautelar *sub judice* foi deferida para atribuir efeito suspensivo ao agravo interposto contra a decisão que negou seguimento ao aludido recurso especial.

2. A controvérsia resulta de fatos incontroversos, como seja, o de que, no dia 12 de maio de 2004 e no dia 13 de agosto de 2004), Usina Ipojuca S/A fez uma Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, nela embutindo a compensação dos já mencionados débitos relativos a diversos tributos com "créditos supostamente amparados por meio de decisão judicial", estes referentes ao Imposto Sobre Produtos Industrializados.

O respectivo desate depende de saber qual o efeito dessa Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF quanto à prescrição.

Usina Ipojuca S/A sustenta que, decorridos cinco anos contados de 12 de maio de 2004 e 13 de agosto de 2004 (*datas em que foram recebidas as declarações*), operou-se a prescrição.

Já o acórdão atacado pelo recurso especial decidiu que "(...) a interrupção da prescrição havia ocorrido com o pedido de compensação, quando na realidade a interrupção da prescrição se deu com o pronunciamento da Fazenda Nacional em 9.1.2009, com a não homologação da compensação, cujo ato é ensejador de interrupção da prescrição" (e-STJ, fl. 167).

A decisão que, em cognição incompleta e juízo sumário, deferiu a medida cautelar partiu da simples leitura do art. 174 do Código Tributário Nacional, que não elenca como interruptivo da prescrição o fato valorizado pelo Tribunal *a quo*.

No âmbito do presente agravo regimental, a Fazenda sustenta que "o pedido de compensação suspende a exigibilidade do tributo até a manifestação definitiva do Fisco" (e-STJ, fl. 271), reportando-se a precedentes das Turmas da 1ª Seção, e também da própria 1ª Seção.

3. A Lei n. 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional previu a compensação como hipótese de extinção do crédito tributário (art. 156, II), cometendo, todavia, à lei dispor a respeito das respectivas condições (art. 170).

No âmbito federal, essa regulamentação só veio a ocorrer 25 (vinte cinco) anos depois, pelo art. 66 da Lei n. 8.383, de 1991, do seguinte teor:

"Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. § 1º A compensação só poderá ser efetivada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. § 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. § 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. § 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo."

Seguiu-se a Instrução Normativa n. 67, de 25 de maio de 1992, do Departamento da Receita Federal, fixando no artigo 2º regra geral *compatível* com o lançamento por homologação, *in verbis*:

"Art. 2º - A compensação de débitos vencidos a partir de de janeiro de 1992 poderá ser efetuada por iniciativa do próprio contribuinte, independentemente

de prévia solicitação à unidade da Receita Federal, ressalvado o disposto no art. 3º, incisos II e III."

O art. 74 da Lei n. 9.430, de 1996, detalhou o procedimento da compensação, a saber: iniciativa do sujeito passivo da obrigação tributária; efeito extintivo do crédito tributário sob condição resolutiva; prazo de cinco anos para a homologação da declaração; previsão de impugnação à decisão que deixa de homologar a compensação, e de recurso contra a decisão indeferitória para o Conselho de Contribuintes.

É o que se lê na aludida norma:

"O sujeito passivo" - dispõe o art. 74 da Lei n. 9.430, de 1996 - "que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutiva de sua ulterior homologação.

(...)

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º O prazo para a homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida em instrumento hábil e suficiente para exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de (30) trinta dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento, no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo previsto no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes;

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação".

4. O instituto da compensação é originário do direito privado, cuja definição, conteúdo e alcance, nos termos do artigo 109 do Código Tributário Nacional, devem ser respeitados pela lei tributária. Não se compreenderia, nessa linha, que, impondo tal exigência às demais leis, o Código Tributário Nacional fosse adotar, no seu próprio texto, outro conceito para a compensação em matéria tributária. Por isso, ou a compensação prevista no artigo 66 da Lei n. 8.383, de 1991, e na Lei n. 9.430, de 1996, tem a mesma natureza da compensação prevista nos artigos 156, II, e 170 do Código Tributário Nacional, ou aquela não pode subsistir em razão da contrariedade a este diploma legal, que tem força de lei complementar.

O que parece dar à compensação em matéria tributária um perfil diferente é resultado do contexto da discussão, a qual se trava em torno de valores que devem ser creditados no âmbito de um lançamento por homologação. Nesse regime, o contribuinte identifica o fato gerador da obrigação tributária, calcula o montante do tributo devido e *antecipa* o respectivo pagamento (CTN, art. 150), nesse sentido de que recolhe o tributo antes da constituição doc crédito tributário pela autoridade administrativa. *Quid*, se ele tem créditos contra a Fazenda Pública? Nesse caso, ao invés de recolher o tributo, o contribuinte registra o crédito na escrita, compensando-o com o débito correspondente. Num hipótese como na outra - vale dizer, a da antecipação do pagamento, bem assim a do registro do crédito - o procedimento tem caráter *precário*, valendo até a respectiva revisão, para cujo efeito a Fazenda Pública tem o prazo de 5 (cinco) anos (CTN, art. 150, § 4º). O pagamento ou a compensação, propriamente,

enquanto hipóteses de extinção do crédito tributário, só serão reconhecidos por meio da homologação formal do procedimento ou depois de decorrido o prazo legal para a constituição do crédito tributário, ou de diferenças deste (CTN, art. 156, incisos VII e II, respectivamente).

5. Essas considerações, salvo melhor juízo, levam à conclusão de que o período que decorre entre a entrega (*hoje, transmissão*) da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF e a respectiva homologação corresponde ao prazo de decadência a que a Fazenda Pública está sujeita para lançar o tributo.

Explica-se.

A compensação, na forma declarada pelo contribuinte, extingue o crédito tributário, sob condição resolutiva (L. n. 9.430/1996, art. 74, § 2º). Extinto, portanto, o crédito, não há como cobrá-lo, nem como suspendê-lo; o crédito simplesmente não existe.

A condição resolutiva pode, todavia, surtir seus efeitos se, no prazo de até cinco anos contados da entrega da declaração (L. n. 9.430/1996, art. 74, § 5º), a autoridade fiscal deixar de homologar a compensação; esse ato corresponde ao lançamento de ofício, tanto que dele cabe impugnação e, mal sucedida esta, recurso para o Conselho de Contribuintes (*hoje, sob a denominação de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*).

Quer dizer, o período de (5) cinco anos que se segue à declaração de compensação corresponde ao prazo que a Fazenda Pública tem para constituir o crédito tributário; é, portanto, um prazo de decadência, não de prescrição, que só inicia com a decisão que indefere o pedido compensação.

Nessa linha, estão equivocados os precedentes jurisprudenciais que atribuem à declaração de compensação o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário; a declaração de compensação, como visto, extingue o crédito tributário sob condição resolutiva.

No caso, transmitidos os pedidos de compensação em 12 de maio e 13 de agosto de 2004, o respectivo indeferimento em 9 de janeiro de 2009 ocorreu antes do término do prazo decadencial de (5) anos; a partir daí iniciou o prazo de prescrição da cobrança.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao agravo regimental para indeferir a medida cautelar.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 39.102-RO (2012/0195505-1)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Embargante: Estado de Rondônia
Procurador: Eder Luiz Guarnieri e outro(s)
Embargado: Simone de Melo
Advogado: Roberto Franco da Silva e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Concurso público.

Desigualdade de tratamento entre candidatos inscritos no concurso público para provimento de cargos de juiz de direito. Nulidade daí resultante que deixou de ser declarada no julgamento do recurso ordinário para evitar prejuízos aos demais candidatos, bem assim eventual repercussão na validade dos atos já praticados por aqueles que, aprovados pela comissão de concurso, foram investidos no cargo. Concessão da ordem que implica o reconhecimento de que a impetrante obteve a nota mínima de aprovação na prova de sentença criminal. Peculiaridade do caso, em que a nota é alterada sem reavaliação do critério adotado pela comissão de concurso.

Embargos de declaração acolhidos em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 11 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 17.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Na sessão realizada no dia 19 de março de 2013, a Turma deu provimento ao recurso ordinário nos termos do acórdão assim ementado:

"Concurso público. Correção de prova. Anonimato.

A atribuição de notas em concurso público constitui responsabilidade da respectiva comissão, e está fora do controle judicial; no entanto, o procedimento da comissão de concurso está sujeito ao crivo judicial sempre que contrarie as regras do edital.

Espécie em que, prevista no edital a regra do anonimato para a correção da prova, a comissão de concurso julgou recurso administrativo, identificando aquele que o interpôs.

Recurso ordinário provido" (e-STJ, fl. 522).

Os presentes embargos de declaração atacam o julgado, destacando-se nas respectivas razões os seguintes trechos:

"Ora, em verdade, se não se discute a impossibilidade do Poder Judiciário em substituir a comissão de concurso, necessário se faz o esclarecimento da concessão de segurança em declarar que a recorrente foi aprovada na prova de sentença criminal quando na realidade não obteve a nota mínima nos exatos termos disposto pela comissão de concurso.

Portanto, há sim a contradição, pois houve a declaração do Poder Judiciário de que a Recorrente foi aprovada, quando consta a eliminação pela comissão de concurso.

(...)

Os critérios adotados pela Banca na análise das respostas, principalmente em prova de sentença, de cunho eminentemente subjetivo, não podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Caso o Poder Judiciário viesse a proceder a nova análise das respostas, utilizando novos critérios para atribuição de uma nota ao candidato, ou seja, utilizando outros critérios que foram utilizados aos demais, estaria violando diretamente o próprio princípio da isonomia.

De outra forma, não caberia o entendimento de violação do princípio da isonomia quando outros candidatos obtiveram a majoração de suas notas,

por ocasião da revisão das provas, e não por mero arredondamento, de todo incabível, ante a vedação dessa possibilidade no edital do certame.

Desta forma, não se constatando qualquer ilegalidade nos critérios de avaliação da banca examinadora do certame, não cabe ao Poder Judiciário, a revisão do acerto ou desacerto das respostas dadas pela candidata.

De igual forma, há também obscuridade e omissão quando existe a declaração de aprovação, mas não se esclarece exatamente qual a nota efetivamente teria sido atribuída a embargada, uma vez que pelos critérios da comissão de concurso teria a embargada obtido a nota de 5,8, resultado este (nota) que está abaixo do mínimo necessário. Portanto, qual efetivamente seria a nota de aprovação declarada, ou seja, 5,8 ou o mínimo de 6,0? Em sendo a nota mínima 6,0, não estaria o Poder Judiciário substituindo a comissão de concurso (que atribuiu 5,8)? Em sendo negativa a resposta para esta última pergunta, parece que a única conclusão seria a efetiva substituição da comissão de concurso, uma vez que em nenhum momento teria a candidata, ora embargada, obtido nota 6,0.

Ainda, neste ponto, perdura a obscuridade e omissão no sentido de que, em assim sendo declarada aprovada, qual seria a efetiva classificação, uma vez que necessário se faz sua eventual nomeação dentro do critério de classificação. Portanto, neste ponto também se faz necessário o devido esclarecimento.

(...)

Quanto à intervenção do Poder Judiciário em casos de certames públicos, a análise limita-se à legalidade e da observância das normas do edital, uma vez que, se assim não fizesse, estaria em sentido contrário à pacífica jurisprudência de nossos Tribunais, em especial do E. Superior Tribunal de Justiça e do E. Supremo Tribunal Federal e, assim violando também o artigo 37, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal.

De igual forma, o v. acórdão, em verdade, acabou por afirmar que o Poder Judiciário, em desacordo com a harmonia prevista no texto constitucional (art. 2º) e, se distanciando de sua competência para apreciar a legalidade dos atos da Administração, substituiu a vontade do Presidente do E. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia e Presidente da Comissão de Concurso em ação dele privativa que é a nomeação dos aprovados em concurso realizado pela Magistratura" (e-STJ, fl. 533-539).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): O acórdão embargado identificou os seguintes atos da Comissão de Concurso, praticados ao arrepio das regras do edital, *in verbis*:

"* revisão da nota a portas fechadas (as notas dos demais candidatos foram alteradas em sessão pública);

* mediante a identificação prévia da candidata (os demais candidatos tiveram a garantia do anonimato);

* realizada pela Comissão de Concurso (as provas dos demais candidatos foram corrigidas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná)" (e-STJ, fl. 519-520).

A desigualdade entre os candidatos daí resultantes obrigaria a anulação do concurso público.

"*Quid*?" - está dito no voto condutor acerca dessa situação.

A resposta foi a de que:

"Nesta altura, já não é possível restaurar o *statu quo ante*. O processo seletivo seguiu seus trâmites. A Recorrente foi bem sucedida no Curso de Formação. Seus colegas foram nomeados e exercem o cargo de juiz de direito substituto. O anonimato da Recorrente se desfez. Não há outra solução que a de conceder a ordem" (e-STJ, fl. 520).

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, quem nomeou a Comissão de Concurso responsável pelas citadas ilegalidades, não interessa, com certeza, a decisão radical de anular o certame - decisão que poderia ter reflexos na validade dos atos judiciais e das sentenças proferidos pelos juízes de direito cuja investidura se deu por força do processo seletivo.

Em resumo, a Turma não reavaliou nota alguma; apenas evitou que o *"imbroglio"* criado pela Comissão de Concurso acarretasse um grande problema. A consequência prática disso é a de que a concessão da ordem implica o reconhecimento de que a impetrante obteve a nota mínima para a aprovação na prova de sentença criminal.

Voto, por isso, no sentido de acolher, em parte, os embargos de declaração para explicitar que a concessão da ordem implica o reconhecimento de que a impetrante obteve a nota mínima para a aprovação na prova de sentença criminal.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 37.166-SP (2012/0026401-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Sisp Technology S/A
Advogado: Eduardo Silveira Melo Rodrigues e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo e Constitucional. Recurso ordinário em mandado de segurança. Inquérito civil aberto pelo Ministério Público com base em denúncia anônima. Possibilidade.

1. Recurso ordinário no qual se discute a possibilidade de o Ministério Público instaurar inquérito civil para apurar a veracidade de fraudes em procedimentos licitatórios, que foram informadas por meio de denúncia anônima.

2. A Lei n. 8.625/1993, Lei Orgânica do Ministério Público, e a Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público autorizam a atuação investigatória do *parquet*, no âmbito administrativo, em caso de denúncia anônima. Precedente: RMS n. 30.510-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10.2.2010.

3. No caso, o *parquet* instaurou inquérito civil com base em denúncia anônima que continham indícios que supostamente caracterizariam fraudes em procedimentos licitatórios, bem como baseou-se em noticia determinada que é objeto em outros inquéritos civis.

4. Recurso ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança,

nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 9 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 15.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso ordinário interposto por Sisp Technology S/A contra acórdão proferido pelo TJ-SP, que denegou mandado de segurança pelo qual pretende ver arquivado o inquérito civil aberto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão de denúncia anônima a respeito de *fraudes em procedimentos licitatórios*. Eis a ementa do acórdão *a quo*:

> *Mandado de segurança. Inquérito civil. Supostas irregularidades em licitações. Instauração a partir de denúncia anônima. Admissibilidade na espécie.* ***Comunicação acompanhada de elementos informativos e com razoável delimitação dos fatos****. Vedação ao anonimato que deve ceder ao interesse público. Segurança denegada.*

A recorrente considera que denúncia anônima não poderia embasar a abertura de inquérito civil público por se caracterizar prova ilícita, ainda mais porque, no caso, não se refere a nenhum fato concreto e determinado.

Contrarrazões às fls. 176 e seguintes, nas quais o *parquet* defende que, "se há notícia consistente, com indicações críveis e específicas a respeito da prática de certo ilícito, é possível, com base na informação anônima, dar início à apuração [...] se é viável fazê-lo agindo *ex officio*, com maior razão mostra-se legítimo instaurar a investigação a partir de informação apócrifa, se esta é convincente e traz consistentes elementos de informação" (fl. 180).

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso ordinário (fls. 223 e seguintes).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): O caso se refere a mandado de segurança que foi impetrado contra a negativa de provimento, pelo Conselho Superior do Ministério Público, a recurso administrativo manejado contra a decisão de abertura do inquérito civil, a qual se deu em atenção a supostas fraudes ocorridas em procedimentos licitórios, que foram informadas por meio de denúncia anônima.

Conforme documentos de fls. 32-36 e seguintes, a denúncia anônima dá notícia de diversos fatos que, supostamente, caracterizariam fraudes em procedimentos licitatórios, com a designação de nomes, números de cadastros de pessoas físicas e jurídicas; e indicação detalhada de situações irregulares e documentos que as comprovariam.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, assim, após comunicação com a Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba resolveu instaurar inquérito civil, conforme consta do documento de fl. 38, nos seguintes termos:

> Preliminarmente, depois de oficiada, a Prefeitura Municipal de Pindamonhangaba informou que referida empresa participou e venceu a Concorrência Pública n. 006/2005.
>
> Considerando os fatos relatados na denúncia e a necessidade de se empreender novas diligências para melhor apuração dos fatos, no uso das atribuições que me são conferidas pelos artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal, combinados com o artigo 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985 instauro o presente inquérito civil, para cuja instauração, desde logo, determino.

Anota-se que, dessa decisão, o MP-SP notificou a sociedade empresária investigada para ingressar com o recurso administrativo (fls. 40-49). E que a decisão que desproveu o recurso administrativo, com ponderação a respeito do interesse público envolvido e aos documentos apresentados na denúncia, bem como sobre o dever de investigação do MP, assim dispôs (fl. 51-57):

> [...]
>
> Cumpre salientar que a notícia de fato ensejadora de investigação do Ministério Público, ainda que anônima, deve ser sopesada pelo membro do referido órgão, o qual deve proceder atos que verifiquem a verossimilhança do fato narrado. A delação anônima guerreada contém informações que estão sob o crivo de outros inquéritos civil, sendo medida cautelosa a instauração do presente procedimento para constatação da realidade e eventual proteção do interesse/patrimônio público.

> [...]
>
> Por outro lado, consoante demonstrado nos autos e muito bem apontado pelo ilustre Promotor de Justiça [...] a instauração do inquérito civil não decorreu apenas de denúncia anônima, mas levou em consideração a indicação de fato determinado a ser apurado, sua verossimilhança e as informações nela apontadas, as quais já são objeto de outros inquéritos civis.
>
> No momento, se verifica a existência de fato grave e indícios consistentes da prática de fraude na licitação objeto de investigação nos autos, evidenciando-se justa causa para a instauração do presente inquérito civil.

O contexto observado denota não haver direito líquido e certo a ser protegido.

O inquérito civil é procedimento administrativo restrito ao âmbito do Ministério Público por meio do qual se colhem elementos de informação e convicção, os quais, eventualmente, caso demonstrem a possibilidade da existência de algum ilícito, podem dar ensejo ao ajuizamento de ação civil pública. E sua instauração é prerrogativa dessa instituição, à qual compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No âmbito da legislação infraconstitucional, essa prerrogativa também encontra amparo no § 1º do artigo 8º da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual "o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis".

Isso considerado, deve-se observar que, conforme previsto no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 8.625/1993, "no exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas [...]".

A propósito, importa destacar que o Conselho Superior do Ministério Público procedeu a normatização do inquérito civil, por meio da Resolução n. 23/2007, que assim dispõe, no que interessa e com grifo nosso:

> Art. 2º O inquérito civil poderá ser instaurado:
>
> *I – de ofício;*

II – em face de requerimento ou representação formulada por qualquer pessoa ou comunicação de outro órgão do Ministério Público, ou qualquer autoridade, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização;

III – por designação do Procurador-Geral de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, Câmaras de Coordenação e Revisão e demais órgãos superiores da Instituição, nos casos cabíveis.

§ 1º O Ministério Público atuará, independentemente de provocação, em caso de conhecimento, por qualquer forma, de fatos que, em tese, constituam lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, devendo cientificar o membro do Ministério Público que possua atribuição para tomar as providências respectivas, no caso de não a possuir.

§ 2º No caso do inciso II, em sendo as informações verbais, o Ministério Público reduzirá a termo as declarações. Da mesma forma, a falta de formalidade não implica indeferimento do pedido de instauração de inquérito civil, salvo se, desde logo, mostrar-se improcedente a notícia, atendendo-se, na hipótese, o disposto no artigo 5º desta Resolução.

§ 3º O conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no artigo 2º, inciso II, desta Resolução.

§ 4º O Ministério Público, de posse de informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei n. 7.347/1985 que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, poderá complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório.

§ 5º O procedimento preparatório deverá ser autuado com numeração seqüencial à do inquérito civil e registrado em sistema próprio, mantendo-se a numeração quando de eventual conversão.

§ 6º O procedimento preparatório deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual prazo, uma única vez, em caso de motivo justificável.

§ 7º Vencido este prazo, o membro do Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil.

Como se observa, a legislação atinente ao Ministério Público autoriza sua atuação ante o conhecimento de fatos que ensejem sua intervenção, irrelevante tratar-se de denúncia anônima.

A respeito, *mutatis mutandis*:

> Processo Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Trancamento de inquérito civil para apuração de ato de improbidade administrativo. Enriquecimento ilícito. Justa causa. Prescrição.
>
> 1. Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil.
>
> 2. Apuração de fatos típicos (artigo 9º da Lei n. 8.429/1992), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação de inviabilidade da ação de improbidade.
>
> 3. Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público.
>
> 4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante.
>
> 5. Recurso ordinário desprovido (RMS n. 30.510-RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10.2.2010).

E, considerando que a denúncia anônima foi determinante para a instauração do procedimento administrativo investigatório, a análise das informações dela constantes é da competência exclusiva dessa instituição, que tem autonomia funcional garantida constitucionalmente, não sendo permitido ao Poder Judiciário ingressar no mérito a respeito da oportunidade ou conveniência de proceder-se, administrativamente, à investigação de fatos relacionados a fraudes em procedimentos licitatórios, sob pena de subtrair do *parquet* uma das prerrogativas que lhe foi assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso ordinário.

É como voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 41.725-SP (2013/0089788-1)

Relator: Ministro Sérgio Kukina
Recorrente: Município de Leme
Procurador: Cláudia Kinock Alvares Seneda e outro(s)

Recorrido: Eduardo Franciosa
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal de valor igual ou inferior a 50 OTN. Art. 34 da Lei n. 6.830/1980. Sentença. Recursos cabíveis: embargos de declaração, embargos infringentes ou recurso extraordinário. Mandado de segurança. Ação imprópria. Decisão judicial transitada em julgado. Não cabimento do *mandamus* (Súmula n. 268-STF e art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009). Sucedâneo recursal. Impossibilidade. Súmula n. 267-STF.

1. Só são oponíveis embargos de declaração e embargos infringentes de sentença proferida no âmbito das execuções fiscais previstas no art. 34 da Lei n. 6.830/1980, regra excepcionada apenas pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houver questão constitucional debatida. Precedentes: *RMS n. 36.879-SP*, Rel. Ministro *Ari Pargendler, Primeira Turma*, julgado em 19.3.2013, DJe 25.3.2013 e *RMS n. 36.501-SP*, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma*, julgado em 16.4.2013.

2. É incabível o mandado de segurança empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula n. 267-STF, ou ajuizado em face de ato judicial transitado em julgado, a teor dos óbices existentes na Súmula n. 268-STF e no art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado pelo Município de Leme, em face de decisão judicial proferida nos autos de execução fiscal, na qual não foram acolhidos os embargos infringentes opostos contra decisão de extinção do feito fiscal, em razão da ocorrência da prescrição do crédito tributário.

O Tribunal de origem manteve a decisão que havia reconhecido o descabimento da impetração, denegando a segurança, com fundamento no art. 5º, inciso III da Lei n. 12.016/2009. O aresto restou assim ementado:

> Mandado de segurança. Execução fiscal. Embargos infringentes não acolhidos. Impetração do *mandamus* após o trânsito em julgado da sentença atacada. Segurança denegada. (fl. 191).

O acórdão recorrido considerou que é incabível a impetração de mandado de segurança contra sentença judicial que transitou em julgado.

No recurso ordinário, o município sustenta que: (I) não seria possível a interposição de recurso extraordinário, tendo em vista que os autos cuidam de matéria infraconstitucional; (II) não há outro recurso dotado de efeito suspensivo que pudesse ser apresentado no caso dos autos, razão que justifica a impetração do *mandamus*; e (III) houve decisão teratológica, que violou, ainda, o Enunciado da Súmula n. 106-STJ.

Não houve apresentação de contrarrazões (fl. 201).

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 99-103), opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): O recurso ordinário não merece acolhimento.

Inicialmente, verifica-se que o caso dos autos se enquadra na situação prevista no art. 34 da LEF, *verbis*:

> Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.
>
> § 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição.
>
> § 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada.
>
> § 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

Esse dispositivo legal afirma que, em se tratando de execução fiscal de pequeno valor (igual ou inferior a 50 ORTN), da sentença proferida só serão cabíveis os recursos de embargos de declaração e embargos infringentes. E, por força do art. 102, III, da CF, se houver questão constitucional discutida, da decisão que julgou os embargos infringentes seria admissível a interposição de recurso extraordinário. Verifica-se, assim, que a intenção do legislador foi restringir o uso de recursos nessas hipóteses.

Em casos análogos, a Primeira Turma consolidou entendimento no sentido de que só seriam cabíveis os embargos infringentes de sentença proferida no âmbito das execuções fiscais previstas no art. 34 da Lei n. 6.830/1980, regra excepcionada apenas pelo eventual cabimento de recurso extraordinário, quando houvesse questão constitucional debatida.

Vejam-se os julgados:

> *Mandado de segurança. Causa de alçada. Execução fiscal*. Nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo; trata-se de opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar de matéria constitucional. Recurso ordinário desprovido.
>
> (*RMS n. 36.879-SP*, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 19.3.2013, DJe 25.3.2013)

> Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. Execução fiscal. Extinção do feito. Art. 34 da Lei n. 6.830/1980. Decisão inatacável por mandado de segurança. Recurso não provido.
>
> 1. "Nas execuções fiscais de que trata o art. 34 da Lei n. 6.830, de 1980, a sentença está sujeita aos embargos infringentes do julgado, cujo julgamento constitui a palavra final do processo; trata-se opção do legislador, que só excepciona desse regime o recurso extraordinário, quando se tratar matéria constitucional" (RMS n. 38.513-SP, Primeira Turma, Rel. Min. *Ari Pargendler*, Primeira Turma, DJe 13.12.2012).
>
> 2. Recurso ordinário não provido.
>
> (*RMS n. 36.501-SP*, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 16.4.2013)

No caso, o município pretende desconstituir decisão judicial proferida em sede de embargos infringentes (art. 34 da LEF), já transitada em julgado, e que extinguiu execução fiscal por ter reconhecido a ocorrência de prescrição. Dessa forma, se mostra incabível o mandado de segurança impetrado que, na hipótese em exame, não pode ser empregado como sucedâneo recursal, nos termos da Súmula n. 267-STF (*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.*), e nem pode ser ajuizado em face de ato judicial transitado em julgado, a teor dos óbices existentes na Súmula n. 268-STF (*Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.*) e no art. 5º, III, da Lei n. 12.016/2009.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 987.342-PR (2007/0217560-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: HSBC Seguros Brasil S/A
Advogado: Cristiane Romano e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Operadora de plano de saúde. Valores repassados aos médicos credenciados. Não incidência. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção. Compensação. Limite. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde" (AgRg no AREsp n. 176.420-MG, Rel. Min. *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, DJe 22.11.2012).

2. "Os limites à compensação tributária (introduzidos pelas Leis n. 9.032/1995 e n. 9.129/1992, que, sucessivamente, alteraram o disposto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 8.212/1991) são de observância obrigatória, mercê da inexistência de declaração de inconstitucionalidade (em sede de controle difuso ou concentrado) dos aludidos diplomas normativos" (EREsp n. 919.373-SP, Rel. Min. *Luiz Fux,* Primeira Seção, DJ de 26.4.2011).

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para restabelecer a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator, ausente, justificadamente, nesta assentada.

Brasília (DF), 14 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 20.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto por *HSBC Seguros Brasil S/A*, com fundamento no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 475e):

> Tributário. Contribuição previdenciária. Lei n. 8.212/1991, art. 22, III, na redação dada pela Lei n. 9.876/1999. Constitucionalidade. Empresa seguradora. Contribuição incidente sobre as remunerações pagas aos médicos credenciados à operadora de seguros. Majoração da alíquota. Adicional de 2,5%, previsto no § 1º, do art. 22, da Lei n. 8.212/1991.
>
> 1. Afora a existência inconteste do contrato firmado entre a seguradora e o segurado, há a relação existente entre aquela e os médicos credenciado que, no desenvolvimento de suas atividades profissionais, recebem a remuneração como contribuintes individuais da empresa para a qual prestam serviços, e não dos pacientes atendidos, pois é a operadora de seguros que assume o compromisso do pagamento dos honorários médicos, incidindo, por conseguinte, a contribuição social prevista no art. 22, inciso III, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.876/1999.
>
> 2. A Lei n. 9.876/1999 revogou a Lei Complementar n. 84/1996, que havia sido recepcionada pela Emenda Constitucional n. 20/1998 como materialmente ordinária, majorando a alíquota de 15% para 20% da contribuição devida pelas empresas, incidente sobre as remunerações ou retribuições pagas ou creditadas pelos serviços prestados por profissionais sem vínculo empregatício.
>
> 3. No tangente ao adicional de 2,5% previsto no artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.212/1991, não há ofensa ao princípio da isonomia tributária, nem ao da capacidade contributiva, porquanto o artigo 195, § 9º, da Lei Maior, permite a diferenciação de alíquotas em razão da atividade econômica exercida pelos contribuintes.

Opostos sucessivos embargos de declaração, foram acolhidos apenas para efeitos de prequestionamento (fls. 515-520e, 528-531e).

Em recurso especial, sustenta a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 1º da LC n. 84/1996, 22 da Lei n. 8.212/1991, alterado pela Lei n. 9.876/1999, 1º, II e 2º, II, da Lei n. 9.656/1998, 97 e 110 do CTN e 594, 757 e 776 do CC de 2002.

Sustenta, em resumo, a não incidência da contribuição social sobre os valores pagos pela seguradora de saúde aos profissionais da área da saúde

credenciados que prestam assistência médica ao segurado contratante, bem como a possibilidade de compensação integral do referido indébito.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 597-602e.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República *Maria Caetana Santos*, opinou pelo parcial provimento do recurso (fls. 636-643e).

Por decisão proferida em 6.5.2011, dei parcial provimento ao recurso especial para afastar a incidência da contribuição social sobre os valores pagos por seguradora de saúde aos profissionais da área da saúde credenciados que prestam assistência médica ao segurado contratante, restabelecendo a sentença (fl. 645-646e).

Sobreveio agravo regimental. A Primeira Turma, em sessão de julgamento de 4.8.2011, decidiu retirar o processo de mesa e tornar sem efeito a decisão monocrática, nos termos da questão de ordem suscitada pelo Ministro *Teori Albino Zavascki*, a fim de que o feito fosse pautado, diante da ausência de julgado específico deste colegiado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, trata-se de matéria referente à incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos por operadoras de plano de saúde aos profissionais médicos pelos serviços prestados aos seus segurados.

A pretensão do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS encontraria respaldo, em especial, no disposto nos arts. 1º, I, da Lei Complementar n. 84/1996 e 22, III, da Lei n. 8.212/1991, com a redação determinada pela Lei n. 9.876/1999.

Observa-se que referida questão já foi objeto de análise pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Confiram-se:

> Processual Civil e Tributário. Ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC. Omissão. Inexistência. Contribuição previdenciária. Art. 22, inc. III, da Lei n. 8.212/1991. Empresa seguradora. Seguro saúde. Remuneração paga diretamente aos profissionais da área de saúde credenciados (contribuintes individuais). Não-incidência.

1. Depreende-se dos autos que o julgado não fora omisso, prestando a jurisdição de modo adequado. Ofensa ao art. 535, inc. II, do CPC afastada.

2. "As empresas que operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária" (REsp n. 633.134-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 16.9.2008). Outros precedentes: EDcl nos EDcl no REsp n. 442.829-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 25.2.2004; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 442.829-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.5.2004).

3. Recentemente, no julgamento do REsp n. 1.106.176-RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, assentada do dia 6.5.2010, esta Turma reiterou esse entendimento.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 975.220-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 22.9.2010)

Tributário. Contribuição previdenciária. Art. 22, III, da Lei n. 8.212/1991. Seguradora de saúde. Remuneração paga aos profissionais médicos credenciados. Não-incidência.

1. A Segunda Turma do STJ firmou orientação no sentido da não-incidência da contribuição previdenciária sobre verbas pagas pelas seguradoras de saúde aos profissionais médicos credenciados que prestam serviços a pacientes segurados.

2. Ressalva do entendimento do Relator.

3. Recurso Especial provido. (REsp n. 874.179-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14.9.2010)

No julgamento do REsp n. 633.134-PR, de relatoria da Min. *Eliana Calmon*, publicado em 16.9.2008, a Segunda Turma reconheceu que "As empresas que operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária".

No mesmo sentido, refiro-me à decisão monocrática proferida pelo Min. *Luiz Fux* nos autos do REsp n. 1.150.398-RJ, DJe 18.2.2011, que recebeu a seguinte ementa, bem elucidativa quantos aos fundamentos desta Corte, que prevalecem na hipótese:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Empresa seguradora. Seguro saúde. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência.

1. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. O regime jurídico ao qual se submetem as seguradoras de saúde é diverso das cooperativas médicas:

> Todas as vezes que um terceiro, detentor de plano de saúde, utiliza-se de um serviço ao plano vinculado, a recorrente paga ao profissional médico, ou ao hospital, ou à maternidade, enfim, paga pelo serviço realizado, como se fosse um particular qualquer.
>
> Claro está dentro desse contexto, que não cabe à empresa recolher a contribuição previdenciária, porque o valor por ela desembolsado sofre a incidência por parte do profissional ou da empresa que recebe pela prestação de serviço.
>
> A hipótese difere do que ocorre com as cooperativas médicas. Nas cooperativas os médicos ou outros profissionais qualquer unem-se para juntos, por intermédio da cooperativa, exercer suas atividades.
>
> Aqui, diferentemente, não há acerto com os profissionais da área de saúde, senão como clientes, porque a relação jurídica que se estabelece é entre a empresa que vende o plano de saúde e a empresa que compra o plano para utilização eventual dos serviços médico-hospitalares.
>
> *Efetivamente a intermediária ganha pelo plano de saúde que oferece e paga como se fosse o substituto que se utiliza dos serviços médico-hospitalares. Pergunta-se: cabe ao particular pagar contribuição social quando paga honorários médicos? Se a resposta for negativa e o é, efetivamente, estende-se o entendimento em relação à empresa que não intermedia profissionais e sim planos de saúde* (EDcl nos EDcl no REsp n. 442.829-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25.2.2004).

3. *In casu*, incontroversa a condição da recorrente de seguradora, o que implica em tratamento diverso do que conferido às cooperativas, tem-se, como conclusão lógica, que não está obrigada ao recolhimento das contribuições sociais, uma vez que estas são custeadas pelos profissionais remunerados (contribuintes individuais). Precedentes da Segunda Turma: REsp n. 975.220-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 22.9.2010; REsp n. 874.179-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.9.2010; REsp n. 1.106.176-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin,

DJe de 17.6.2010; REsp n. 633.134-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 16.9.2008; EDcl nos EDcl no REsp n. 442.829-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25.2.2004; EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 442.829-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 26.5.2004.

4. Recurso especial provido.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em resumo, que, tanto na vigência da Lei Complementar n. 84/1996 quanto na do atual art. 22, III, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.876/1999, é descabida a exigência de contribuição previdenciária porque as operações de plano de saúde pagam aos profissionais não por um serviço que lhe é prestado, mas ao próprio segurado. Se é certo que a pessoa física não está sujeita ao pagamento de contribuição previdenciária quando remunera diretamente o profissional de saúde, tampouco estaria a operadora, que atua apenas como intermediária.

Outrossim, em recente pronunciamento, a Primeira Turma alinhou-se à orientação da Segunda Turma, consoante atesta a seguinte ementa:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tributário. Contribuição previdenciária. Operadora de plano de saúde. Valores repassados aos médicos credenciados. Não incidência. Acórdão objurgado em consonância com o entendimento dessa Corte Superior. Precedentes: AgRg no REsp n. 1.129.306-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 8.9.2010 e REsp n. 874.179-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14.9.2010. Agravo regimental desprovido.

1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que não incide contribuição previdenciária sobre os valores repassados aos médicos pelas operadoras de plano de saúde. Precedentes.

2. Noutro ponto, resta sublinhar que se afigura inadequada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o afastamento destes, tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie. Precedentes: 2ª Turma, AgRg no REsp n. 1.264.924-RS, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 9.9.2011; 1ª Turma, EDcl no AgRg no REsp n. 1.232.712-RS, Rel. Min. *Benedito Gonçalves*, DJe 26.9.2011.

3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 176.420-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 22.11.2012)

Ressalto, desde logo, conforme exposto no Item 2 da ementa acima transcrita, que a não submissão dos valores em referência à incidência de

contribuição previdenciária não decorre de negativa de vigência a dispositivo de lei federal, tampouco de disfarçada declaração de inconstitucionalidade. Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte firmaram compreensão nesse sentido a partir da interpretação conferida à legislação infraconstitucional de regência, razão pela qual não há falar em contrariedade ao Enunciado da Súmula Vinculante n. 10-STF.

Ademais, em se tratando de suposta ofensa à cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), merece reprodução o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). *"Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição."* (cf. RE n. 184.093, Moreira Alves, DJ 5.9.1997). (RE n. 460.971-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.3.2007 - grifei)

A recorrente requer a compensação integral do valor pago indevidamente.

A sentença concedeu a segurança a fim de reconhecer à recorrente o direito de compensar os valores indevidamente pagos, observando o limite estabelecido pela Lei n. 9.129/1995, segundo a qual a compensação não poderá ser superior ao percentual de 30% (trinta por cento) do valor a ser recolhido em cada período de competência. Ao assim decidir, atuou em perfeita harmonia com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode observar da seguinte ementa:

> Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. Contribuição previdenciária. Administradores, autônomos e avulsos. Leis n. 7.787/1989 e n. 8.212/1991. Compensação tributária. Artigo 89, § 3º, da Lei n. 8.212/1991. Limitações instituídas pelas Leis n. 9.032/1995 e n. 9.129/1995. Aplicação.
>
> *1. Os limites à compensação tributária* (introduzidos pelas Leis n. 9.032/1995 e n. 9.129/1992, que, sucessivamente, alteraram o disposto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 8.212/1991) *são de observância obrigatória, mercê da inexistência de declaração de inconstitucionalidade* (em sede de controle difuso ou concentrado) *dos aludidos diplomas normativos*.
>
> *2.* É que a norma jurídica, enquanto não regularmente expurgada do ordenamento, nele permanece válida, razão pela qual a compensação do indébito tributário, *ainda que decorrente da declaração de inconstitucionalidade da exação*, submete-se às limitações erigidas pelos diplomas legais que regem a referida modalidade extintiva do crédito tributário (*Precedente da Primeira Seção*: *REsp*

n. 796.064-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 22.10.2008, DJe 10.11.2008).

3. Embargos de divergência providos. (EREsp n. 919.373-SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 26.4.2011)

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para restabelecer os efeitos da sentença.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: O seguro é um meio de prevenção contra o risco. Em alguns contratos de seguro, *v.g.*, o seguro de vida, a indenização do evento segurado é invariável. Noutras espécies, como a do contrato de seguro de veículos, não havendo perda total, a indenização pelo reparo pode ser reduzida, dependendo de quem faça o conserto. Quem assume o risco como atividade empresarial deve organizá-la de modo a reduzir os custos para obter ou ampliar os lucros. Sob essa ótica, o regime da livre escolha de uma oficina mecânica para o reparo de um veículo segurado só pode ser adotado se o preço da apólice for majorado em relação àquele em que a seguradora lista o nome das empresas credenciadas à prestação do conserto. A relação entre as seguradoras e as oficinas por elas credenciadas oferece vantagens recíprocas. Estas têm um mercado cativo, e aquelas obtêm preços menores pelos reparos nos veículos sinistrados. Situação análoga ocorre no contrato de seguro-saúde, e com maior razão neste porque a indenização não é pretarifada. Nessa modalidade de seguro, se o contrato permite a livre escolha de médicos e de hospitais, o preço da apólice será necessariamente maior do que aquele em que o acesso do segurado a médicos e hospitais está subordinado aos profissionais e estabelecimentos previamente credenciados pela seguradora. Tudo porque o credenciamento de uns e de outros também é o modo como a seguradora limita seus custos, reproduzindo a relação acima descrita com as oficinas mecânicas no âmbito do seguro de veículos. Quem presta serviços a quem nessa relação? O médico, como sugerem as razões do agravo regimental, porque a seguradora não pode *"sobreviver sem a prestação do serviço médico"*? (e-STJ, fl. 638). Ou a seguradora que lhe indica os pacientes? Salvo melhor juízo, a prestação de serviços se dá no âmbito de outra relação, aquela entre médico e paciente. A seguradora paga, em nome deste, pela prestação do serviço médico, adimplindo a obrigação

que assumiu no contrato do seguro-saúde. Nenhuma a prestação de serviços do médico para com a seguradora, a contribuição previdenciária *sub judice* é inexigível desta (LC n. 84/1996, art. 1º, I; L. n. 8.212/1991, art. 22, III).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial, também dando-lhe provimento para restabelecer a autoridade da sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Zuudi Sakakihara.

RECURSO ESPECIAL N. 1.197.330-MG (2010/0102655-8)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Recorrente: Geraldo Fulco
Advogado: Carolina Fagundes Candido e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública. (I) Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. (II) Alegação de violação do art. 535 do CPC. Omissão não configurada. (III) Inviável a juntada extemporânea de documentos antigos, nos termos do art. 397 do CPC. (IV) Ausência de demonstração no que consiste a violação aos dispositivos federais invocados. Incidência da Súmula n. 284 do STF. (V) Irretroatividade da Lei n. 8.429/1992. Atos imputados ao recorrente ocorridos no período de 1984 a 1988. (VI) Fatos anteriores à Constituição Federal de 1988. Reconhecimento da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. (VII) Aplicação por analogia do prazo de cinco anos previsto no Decreto n. 20.910/1992. (VIII) Recurso provido para reconhecer a prescrição da pretensão ressarcitória.

1. Diante da ausência de similitude fático-jurídica entre o acórdão paradigma e o acórdão recorrido, não restou adequadamente demonstrado o sugerido dissídio jurisprudencial.

2. A juntada extemporânea de documentos se mostra possível apenas quando visa provar fatos ocorridos posteriormente à ação ou à resposta, nos termos do art. 397 do CPC, ou, ainda, em fases ulteriores do processo.

3. A alegação, de forma genérica, da existência de suposta ofensa a dispositivos de leis federais, sem a indicação específica dos pontos sobre os quais o Julgador deveria ter se manifestado, inviabiliza a compreensão da controvérsia; inafastável, assim, a incidência, por analogia, da Súmula n. 284-STF, consoante a qual é inadmissível o Recurso Extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

4. Apesar de esta egrégia Corte Superior de Justiça já ter firmado o entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos, na hipótese vertente, não incide o referido entendimento jurisprudencial, pois os atos lesivos ao erário imputados ao recorrente antecederam a vigência da LIA, não sendo possível a sua aplicação retroativa.

5. Em que pese a irretroatividade da Lei n. 8.429/1992, o controle dos atos lesivos ao erário deve ser feito com fundamento no art. 159 do CC/1916 ou nas Leis n. 4.717/1965 e n. 7.347/1985.

6. Para fatos ocorridos antes da Constituição Federal de 1988, rechaça-se a tese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, consagrada com fundamento no art. 37, § 5º da Carta Magna, consoante jurisprudência recente.

7. Em debate acerca do prazo prescricional das pretensões indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, esta Corte firmou entendimento, no julgamento do REsp n. 1.251.993-PR, sob o rito do art. 543-C do CPC, de que deve ser aplicado o prazo quinquenal - previsto no Decreto n. 20.910/1932 - em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002. Dessa forma, em homenagem ao princípio da igualdade, impõe-se que às pretensões da Fazenda Pública contra o particular ou agente público também prescrevam no mesmo prazo.

8. No caso dos autos, os atos lesivos ao erário imputados ao recorrente ocorreram no período de 1984 a 1988, enquanto a presente Ação Civil Pública somente foi ajuizada em 22.9.1997, data em que já

havia transcorrido o prazo prescricional de cinco anos, pelo que de se concluir pela ocorrência da prescrição da pretensão ressarcitória.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reconhecer a prescrição da pretensão ressarcitória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento para reconhecer a prescrição da pretensão ressarcitória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 12.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de Recurso Especial interposto por *Geraldo Fulco*, com fundamento na alínea **a** e **c** do art. 105, III da Constituição Federal, em adversidade ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ementado nos seguintes termos:

> *Embargos declaratórios. Necessidade de esclarecer os fundamentos de afastamento da prescrição. Fatos anteriores a CF. Aplicação do prazo vintenário previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. Ação de ressarcimento por dano ao erário. Supremacia do interesse público na aplicação da lei. Art. 5º da LICC. Impropriedade da via dos embargos para rediscutir matéria tratada em sede de apelação. Acolhimento parcial*. - Segundo parte ponderável da doutrina, a prescrição de dinheiro e valores públicos sempre foi, como ocorre como os bens imóveis, imprescritíveis. A Constituição de 1988 apenas veio explicitar e tornar constitucional esta tese. - Em seu art. 50, o Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LICC) prevê a supremacia do interesse público na aplicação da lei. Deste modo, considerando-se a ausência de previsão expressa no ordenamento anterior à CF/1988 no que concerne à prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário,

> aplica-se à presente hipótese o prazo vintenário, tal como previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. - Uma decisão contêm, implicitamente, respostas a diversas outras teses, mostrando-se inviável e desnecessário que se analisem, uma a uma, as questões apresentadas na inicial ou em sede recursal. Entendimento contrário daria azo a discussões e decisões intermináveis, em violação aos princípios da instrumentalidade, celeridade e efetividade do processo. (fls. 1.585).

2. Nas razões do seu Apelo Nobre, além de divergência jurisprudencial, o recorrente aponta violação aos arts. 535, II do CPC; 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 23, I e II da Lei n. 8.429/1992; 125, I, 267, VI e 333, I e II do CPC; 9º da Lei n. 1.079/1950, aos seguintes fundamentos: (a) o acórdão recorrido está em contradição com o entendimento de julgado de outro Tribunal; (b) o acórdão recorrido padece de omissão, não havendo se pronunciado sobre a prova dos autos; (c) inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos.

3. Contrarrazões às fls. 1.676-1.684.

4. Inadmitido o Recurso Especial na origem (fls. 1.696-1.699), o recorrente interpôs Agravo de Instrumento, ao qual deu-se provimento, determinando-se a subida dos autos principais para melhor exame (fls. 1.717-1.718).

5. No parecer de fls. 1.730-1.737, se manifestou o douto representante do Ministério Público, opinando pelo conhecimento do Recurso Especial e pelo seu não provimento.

6. Na petição de fls. 1.741-1.759, o recorrente pugnou pela juntada de documentos.

7. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, no que toca à alínea **c**, o sugerido dissídio jurisprudencial não restou analiticamente demonstrado, de acordo com os arts. 255, § 2º do RISTJ e 541, parág. único do Estatuto Processual Civil, porquanto não há similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Vislumbra-se que, no acórdão paradigma, aplicou-se a tese de prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, com fundamento no art. 23 da Lei n. 8.429/1992; ao passo que, no caso em exame, os atos lesivo ao erário imputados ao recorrente foram praticados no período de 1984 a 1988, antes, portanto, da Lei de Improbidade, sendo inviável a aplicação

retroativa da mencionada norma. Aliás, a irretroatividade da Lei n. 8.429/1992 é tese defendida pelo recorrente em seu Apelo Nobre, de forma que se mostra contraditória a defesa da irretroatividade do referido diploma legal, e ao mesmo tempo a aplicação do art. 23 da mesma norma.

2. No tocante ao art. 535 do CPC, inexiste a violação apontada, porquanto o Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ainda, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. O recorrente sustenta que não haveria o Tribunal *a quo* levado em consideração a vasta documentação juntada aos autos; contudo, após interposição de Embargos de Declaração, ressaltou o egrégio Colegiado ser incabível a juntada de novos documentos quatro dias antes do julgamento, quando já encerrada a oportunidade de produção de provas, conforme trecho do voto do Desembargador Relator:

> Por derradeiro, os embargos também não merecem acolhida em relação à alegada omissão quanto à análise dos documentos juntados por linha em 1º de junho p. p., quatro dias antes do julgamento. Encerrada há muito a instrução, não se pode eternizar o contraditório pela via recursal. Ademais, os embargos declaratórios não se prestam a reinaugurar discussão levada a cabo em sede de apelação (fls. 1.589-1.590).

3. Além do mais, ao julgar o recurso de Apelação, entendeu o Tribunal de origem da seguinte forma:

> Qualquer pessoa que assuma a administração de um município, de um estado, de um país ou de qualquer órgão público deve guiar-se estritamente pelo que preconizam as leis, já que, se para o particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, para o agente público só é lícito fazer aquilo que a lei permite. Posto isto, conclui-sei que o disposto no art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 - segundo o qual "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" - é ainda mais imperativo quando se trata de agentes públicos. - Não se pode eximir o réu da obrigação de ressarcir o erário público municipal dos prejuízos que lhe causou sob o argumento de que não atuou com dolo ou culpa. Ao emitir notas de empenho sem providenciar as notas fiscais ou os recibos de quitação correspondentes, realizar despesas não vinculadas ao Município e efetuar gastos sem licitação, o réu descumpriu o que previam as leis que tinha o dever de conhecer, assim também agindo ao promover os reajustes de seu subsídio, tal como apurado pelo Tribunal de Contas (fls. 1.552).

4. A alteração dessa conclusão a que chegou o Tribunal *a quo* demandaria, invariavelmente, a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

5. Ressalta-se, quanto ao pedido de juntada de documentos de fls. 1.741-1.759, que *é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos*, nos termos do art. 397 do CPC. Sendo assim, por não se vislumbrar, na hipótese, que os documentos destinam-se a fazer prova de fatos novos, não se admite a juntada extemporânea, ainda mais em sede de Recurso Especial, sob pena de se eternizar a instrução processual.

6. Assim é o entendimento firmado na jurisprudência desta Corte. Confira-se o precedente:

> Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Suposta ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência de vício no acórdão recorrido. Juntada tardia de documento que já existia quando da propositura da ação. Impossibilidade. Precedentes. Tributário. ICMS. Passagens aéreas. Aplicação da regra prevista no art. 166 do CTN.
>
> 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caraterizada ofensa ao art. 535 do CPC.
>
> 2. "Não se admite a juntada de documentos após a instrução, se não visam provar fatos ocorridos após a propositura da ação, ou para contrapor a outros juntados pela parte adversa" (AgRg no Ag n. 1.112.190-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 26.4.2010), ou seja, "a juntada de documentos após a instrução resta inadmissível, se não visam provar fatos ocorridos após a propositura da ação, ou para contrapor a outros juntados pela parte adversa, conforme o atual entendimento perfilhado por esta C. Corte" (RCDESP no Ag n. 1.300.453-TO, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 30.11.2010).
>
> 3. "Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possua autorização expressa para tanto. No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula n.

> 7-STJ" (REsp n. 1.164.574-MG, 2ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 16.3.2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 1.003.385-SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 2.5.2012; AgRg no Ag n. 1.254.991-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 29.5.2012; REsp n. 1.278.074-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 10.10.2012.
>
> 4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.191.469-AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 5.3.2013).

7. Quanto à alegada violação aos art. 6º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e 9º da Lei n. 1.079/1950, sob os argumentos de que seria inviável a aplicação retroativa da Lei de Improbidade e que a aludida norma não se aplicaria aos agentes políticos, vislumbra-se não ter restado demonstrada. Ao julgar procedente o pedido de ressarcimento ao erário, o magistrado de primeira instância aplicou o art. 159 do Código Civil de 1916, ressaltando a irretroatividade da Lei n. 8.429/1992. Confira-se trecho da Sentença:

> Os fatos devem, portanto, ser analisados à luz do institjl'4 responsabilidade civil, consagrado no artigo 159 do Código Civil de 1916, texto normativo vigente à época dos fatos (fls. 1.473).

8. Outrossim, o acórdão recorrido, no julgamento dos Embargos de Declaração, esclareceu acerca da inaplicabilidade da Lei n. 8.429/1992, em homenagem ao princípio da irretroatividade, e aplicou ao caso concreto o prazo prescricional vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916. Com efeito, não restou demonstrada qualquer violação aos aludidos dispositivos.

9. Apesar de esta egrégia Corte Superior de Justiça já ter firmado o entendimento de que a Lei de Improbidade Administrativa é aplicável aos agentes políticos, na hipótese vertente, não incide o referido entendimento jurisprudencial, pois os atos lesivos ao erário imputados ao recorrente antecederam a vigência da LIA, não sendo possível a sua aplicação retroativa; contudo, não significa dizer que tais atos estejam imunes à qualquer sanção, podendo o controle ser feito com fundamento no art. 159 do CC/1916 ou nas Leis n. 4.717/1965 e n. 7.347/1985. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados:

> Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Aplicação retroativa a fatos posteriores à edição da Constituição Federal de 1988. Impossibilidade.
>
> 1. A Lei de Improbidade Administrativa não pode ser aplicada retroativamente para alcançar fatos anteriores a sua vigência, ainda que ocorridos após a edição da Constituição Federal de 1988.

2. A observância da garantia constitucional da irretroatividade da lei mais gravosa, esteio da segurança jurídica e das garantias do cidadão, não impede a reparação do dano ao erário, tendo em vista que, de há muito, o princípio da responsabilidade subjetiva se acha incrustado em nosso sistema jurídico.

3. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a condenação do *Parquet* ao pagamento de honorários advocatícios no âmbito de ação civil pública está condicionada à demonstração de inequívoca má-fé, o que não ocorreu no caso.

4. Recurso especial provido em parte, apenas para afastar a condenação do recorrente em honorários advocatícios (REsp n. 1.129.121-GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15.3.2013).

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Dano ao erário. Fatos anteriores à vigência da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.429/1992. Ministério Público Estadual. Legitimidade ativa *ad causam*. Violação do art. 535, II, CPC. Não configurada.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade *ad causam* para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei n. 7.347/1985. Precedentes do STJ: REsp n. 839.650-MG, *Segunda Turma*, DJe 27.11.2008; REsp n. 226.912-MG, *Sexta Turma*, DJ 12.5.2003; REsp n. 886.524-SP, *Segunda Turma*, DJ 13.11.2007; REsp n. 151.811-MG, *Segunda Turma*, DJ 12.2.2001.

2. É que sobressai indene de dúvidas a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, com supedâneo no art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/1985, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social. Precedentes do STJ: REsp n. 686.993-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25.5.2006; REsp n. 815.332-MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 8.5.2006; e REsp n. 631.408-GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30.5.2005.

3. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

4. Recurso Especial provido (REsp n. 1.113.294-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23.3.2010).

10. No que tange à alegada violação aos arts. 125, I, 267, VI e 333, I do CPC, constata-se que o recorrente não demonstrou em que consistiria a ofensa aos referidos dispositivos, tendo se limitado a alegar, de forma genérica, a existência de suposta ofensa às normas citadas, sem a indicação específica dos pontos sobre os quais o Julgador deveria ter se manifestado, inviabilizando a

compreensão da controvérsia. Inafastável, portanto, a aplicação do óbice previsto na Súmula n. 284-STF.

11. No que se refere à alegada prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, a questão restou devidamente prequestionada no acórdão recorrido, que, considerando as peculiaridades do caso concreto, acolheu a tese de prescritibilidade da Ação Civil Pública de ressarcimento, porquanto os supostos fatos teriam ocorrido no período de 1984 a 1988 - quando não vigorava a atual Constituição Federal; o Tribunal de origem, contudo, rejeitou a prejudicial de mérito de prescrição, ao fundamento de que aplicar-se-ia à hipótese o prazo vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, e que o aludido prazo não haveria transcorrido.

12. Acerca da prescritibilidade ou não da ação de ressarcimento por ato lesivo ao erário, compartilho do entendimento de que, sendo a imprescritibilidade uma exceção ao princípio da segurança jurídica, só pode ser admitida nos casos expressa e taxativamente inseridos no art. 5º da Constituição Federal. Sobre o tema, destaco os ensinamentos do Ministro *Cesar Asfor Rocha*:

> Quanto às ações de ressarcimento ao erário, em decorrência de atos de improbidade administrativa, a questão da prescrição está na ordem do dia das preocupações dos juristas: as indagações começam a partir do art. 37, § 5º da Constituição, que ressalva as ações de ressarcimento por danos ao erário das disposições da lei que regulará a prescrição das sanções administrativas aos agentes de tais ilícitos (Lei n. 8.429/1992)
>
> Alguns doutrinadores pareceu que essa previsão da Carta Magna apenas excluiu aquela matéria (a prescrição das ações de ressarcimento) da Lei n. 8.429/1992 (norma especial), deixando a sua regulação para ser disciplinada em outras normas estranhas a essa lei específica; e acrescentam esses eminentes juristas que, com essa exclusão, o constituinte não autoriza, em absoluto, a conclusão de imprescritibilidade dessas ações de ressarcimento; aliás, importa observar que a exceção que afirma a imprescritibilidade de qualquer ação deveria se localizar no contexto do art. 5º da Constituição, porque é nele que estão elencadas as garantias subjetivas, de modo que o seu afastamento haveria de constar desse elenco.
>
> (...).
>
> Insisto em que, se não há, na Constituição, previsão expressa de imprescritibilidade de certa ação, no caso, da ação de ressarcimento por dano ocasionado ao erário, penso que não seria razoável - nem legítimo - extraí-lo do Texto Maior, mediante esforço exegético, por se tratar, como já frisei, de situação timbrada de excepcionalidade.

> Acolhendo-se, como acolho, a tese da prescritibilidade do direito público de ação, pode-se indagar, nesse caso, qual será o prazo prescricional já que a Lei n. 8.429/1992 não o define - e nem o poderia definir, como se viu - inclusive por interdição constitucional claríssima?
>
> Tenho para mim, que será de grande importância, nesse contexto de ausência de norma expressa quanto ao prazo de prescrição, recorrer-se à tradição do Direito Administrativo Brasileiro, para se observar que, desde 1932, se adotou o lapso de 5 anos para a extinção das pretensões individuais contra a Administração Pública (Decreto n. 20.910/1932), parecendo-me da maior razoabidade que se admita esse mesmo prazo (5 anos) para a extinção das pretensões desta contra os indivíduos; diria que esse raciocínio tem, ainda, a respaldá-lo a lógica da simetria, ou a lógica da igualdade (Breves reflexões críticas sobre a Ação de Improbidade Administrativa, Ribeirão Preto-SP, Migalhas, 2012, p. 43-45).

13. Ademais, ainda que se entenda, em tese, que o art. 37, § 5º da Constituição Federal tenha consagrado a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano causado ao erário, tal posicionamento não se aplica à *hipótese em análise*, uma vez que os atos lesivos ao erário imputados ao recorrente ocorreram antes da Constituição Federal de 1988, não incidindo, portanto, aludida norma constitucional.

14. Com efeito, considerando as especificidades do caso concreto e, por conseguinte, acolhendo-se a tese da prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário para fatos anteriores à Constituição de 1988, resta definir o prazo prescricional aplicável à espécie. Nesse ponto, ressalta-se que, por inexistir previsão expressa acerca do prazo prescricional em comento, há quem defenda a tese de que incidiria o prazo vintenário, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, hoje revogado.

15. Todavia, em debate acerca do prazo prescricional das pretensões indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, esta Corte firmou entendimento, no julgamento do REsp n. 1.251.993-PR, sob o rito do art. 543-C do CPC, de que deve ser aplicado o *prazo quinquenal* - previsto no Decreto n. 20.910/1932 - em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002. Dessa forma, incidindo o prazo prescricional de 5 (cinco) anos às pretensões exercidas contra a Fazenda Pública, em homenagem ao princípio da simetria, impõe-se que às pretensões da Fazenda Pública contra o particular ou agente público também prescrevam no mesmo prazo. Nesse sentido, leciona respeitável doutrina de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

> No que pertine ao prazo prescricional das ações e direitos reivindicados contra a Administração Pública, e vice-versa, ainda vige o Decreto n. 20.910/1932, que declara em seu artigo inaugural que "as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos." E o art. 2º do citado decreto determina: "Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças."
>
> Sucede que a prescrição elencada pelo citado comando legal não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o Poder Público, funcionando também como freio a revogabilidade dos atos administrativos estáveis pelo transcurso dos anos.
>
> Esse raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal, visto que o art. 2º do Decreto n. 20.910/1932 impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de todo o direito, sem exceção. O que leva o intérprete a concluir que pela dicção do sadio princípio da igualdade, norma assente no *caput* do art. 5º da CF, a consumação do lapso prescricional é direcionada tanto para o ente público como também para o administrado (O Limite da Improbidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 663).

16. Compartilho, portanto, do entendimento de que à Ação Civil Pública de ressarcimento, aplica-se, por analogia, o prazo prescricional previsto nos arts. 1º e 2º do Decreto n. 20.910/1932, *in verbis*:

> Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.
>
> Art. 2º - Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

17. Outrossim, é cediço que o prazo para o Ministério Público manejar Ação Civil Pública é de 5 (cinco) anos, aplicando-se, por analogia, a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965). Não é o outro o posicionamento de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

> Sendo certo que a ação civil pública de ressarcimento, como nos demais casos, não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade que a ação popular. Nessa vertente, tanto a ação civil público como a ação popular possuem o mesmo prazo quinquenal como marco limitador aos seus exercícios (O Limite

da Improbidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 668).

18. De igual forma, já se firmou a jurisprudência desta egrégia Corte Superior de Justiça. Confiram-se os precedentes:

> Agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Prazo prescricional. Execução. Ação popular. Ação civil pública. Aplicação por analogia. Súmula n. 168-STJ.
>
> I - A posição atual e dominante nesta c. Corte Superior é no sentido de ser aplicável à ação civil pública e à respectiva execução, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular. Precedentes.
>
> II - *In casu*, incide o Enunciado Sumular de n. 168 deste c. STJ, segundo o qual "não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp n. 119.895-PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 13.9.2012)

> Agravo regimental. Agravo. Recurso especial. Prescrição. Ação civil pública. Coisa julgada. Inocorrência. Julgamento singular. Artigo 557, do CPC. Não provimento.
>
> 1. "A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/1965." (REsp n. 1.070.896-SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Segunda Seção*, julgado em 14.4.2010, DJe 4.8.2010)
>
> 2. Não ocorre coisa julgada em relação aos motivos, por mais importantes que sejam, que determinaram o pronunciamento judicial. Ademais, tal instituto não se aplica a fatos supervenientes à sentença.
>
> 3. Eventual mácula da decisão singular do relator que decide nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, fica superada com o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp n. 114.401-PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 23.3.2012).

19. Se a própria jurisprudência desta Corte já firmou entendimento de que a pretensão formulada na Ação Civil Pública prescreve no prazo de cinco anos, não há porque excepcionar tal entendimento quanto à pretensão de ressarcimento ao erário, *ainda mais quando em relação à atos ocorridos em período anterior à Constituição Federal de 1988*.

20. Diante de tais fundamentos, não se vislumbram quaisquer óbices a que se aplique à Ação Civil Pública de ressarcimento o prazo prescricional de 5 anos, seja por analogia ao Decreto n. 20.910/1932, seja por analogia à Lei da Ação Popular.

21. É de se ter claro que o poder-dever de a Administração punir falta cometida por seus agentes não é absoluto, encontrando limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade do Poder Disciplinar do Estado.

22. Com efeito, o transcurso de acentuado lapso temporal esvazia a razão de ser da responsabilização do agente e da aplicação da sanção, que tem como finalidade precípua a promoção da ordem e do aperfeiçoamento funcional no âmbito das repartições públicas.

23. Assim, o fluir do tempo, somado à inércia do titular do direito de ação, neste caso o Ministério Público, extingue o direito de punir aquele que supostamente transgrediu as normas administrativas. Caso contrário, estar-se-ia reconhecendo a titularidade pela Administração de um poder absoluto e o império da incerteza, com a consequente insegurança nas relações de direito, a vulnerar a tranquilidade da ordem jurídica.

24. Na presente demanda, os atos imputados ao recorrente dizem respeito a irregularidades observadas pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, por ocasião da avaliação da prestação de contas da Prefeitura Municipal de Perqueri-MG, no período de 1984 a 1988, em que o recorrente exerceu o cargo de Prefeito naquele Município. Entre o cometimento dos atos, considerados lesivos ao erário, e a propositura da presente Ação Civil Pública, em 22.9.1997, transcorreram mais de cinco anos, razão pela qual está prescrita a pretensão punitiva em face do recorrente. Nesse sentido, destaca MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS que *o exercício da legitimação extraordinária do Ministério Público para promoção da ação civil pública de ressarcimento ao erário se submete ao prazo quinquenal. Após esse prazo, há perda do direito de acionar* (O Limite da Improbidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 669).

25. Diante dessas considerações, conhece-se parcialmente do recurso, dando-lhe, nesta parte, provimento a fim de acolher a prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário e extinguir o processo, nos termos do art. 269, IV do CPC.

26. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.313.969-SC (2012/0051118-5)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: Sant'ana Construcoes e Incorporacoes de Imoveis Ltda.
Advogado: Samuel Gaertner Eberhardt e outro(s)

EMENTA

Tributário. Recurso especial. IRPJ. Lucro arbitrado. Empresa dedicada à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda. Base de cálculo. Art. 16 da Lei n. 9.249/1995.

1. Recurso especial no qual se discute o critério normativo para arbitrar o lucro tributável pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) de empresa dedicada à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda.

2. Para os casos em que a receita bruta é conhecida, hipótese dos autos, o art. 16 da Lei n. 9.249/1995 preconiza que o lucro arbitrado deve corresponder ao percentual previsto para o lucro presumido (art. 15) acrescido de 20%, totalizando, na espécie, 9,6% da receita bruta.

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 19.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado (fl. 1.779):

> Tributário. IRPJ. Arbitramento. Base de cálculo. Lucro. Realidade econômica do contribuinte. Honorários.
>
> 1. Trata-se o arbitramento de mero critério substitutivo que a lei defere ao Fisco para apurar o tributo devido quanto o contribuinte não cumpre as obrigações legais. Esse procedimento não pode ter um caráter punitivo, devendo a base de cálculo apurada aproximar-se o quanto possível da realidade econômica do contribuinte.
>
> 2. A utilização do art. 534 do RIR pode conduzir a distorções no cálculo do IRPJ porque identifica lucro irreal. No caso, pelo arbitramento feito, a autora teria auferidos lucros equivalentes a 70,4% até 99,9% da receita bruta, o que é absolutamente inviável no setor da construção civil.
>
> 3. Honorários advocatícios majorados para R$ 20.000,00, em consonância com o artigo 20, § 4º, do CPC e precedentes desta Turma.

Os embargos de declaração foram acolhidos tão somente para fins de prequestionamento (fl. 1.797).

No apelo especial (fls. 1.808-1.816), a recorrente alega, preliminarmente, violação do art. 535, I e II, do CPC, ao argumento de que a Corte local não se manifestou sobre pontos importantes para o deslinde da controvérsia.

Quanto ao juízo de reforma, sustenta que: a) a base de cálculo para arbitrar o lucro da empresa recorrida, dedicada à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, está disciplinada no art. 49 da Lei n. 8.981/1995, o qual reza que deve ser considerada a receita bruta subtraída do custo do imóvel devidamente comprovado; b) esse artigo de lei, por contemplar hipótese especial, não foi revogado pela regra geral contida no art. 16 da Lei n. 9.249/1995; c) "cumpria ao contribuinte demonstrar ao Fisco os valores a título de custos de imóveis que deveriam ser deduzidos da receita bruta para apuração do lucro arbitrado (base de cálculo do IRPJ), não podendo o mesmo se valer da presunção legal de percentual da receita bruta definida como regra geral, eis que a ela não sujeita" (fl. 1.812); d) no período objeto de apuração, de acordo com o art. 36 da Lei n. 8.981/1995, à recorrida era vedada a sistemática do lucro presumido e, por

isso, não poderiam ser utilizados os percentuais de presunção de lucro previstos para essa modalidade para fins de arbitramento; e) o arbitramento levado a efeito não tem caráter punitivo; e f) o arbitramento aproximou-se da realidade econômica da recorrida, pois "as empresas desse ramo de negócio tem elevadas receitas de venda dos imóveis, ainda na planta, mas poucos custos, eis que as obras ainda não tiveram início" (fl. 1.815). Pugna, ao final, pelo provimento do recurso especial a fim de que seja reconhecida a legitimidade do arbitramento realizado com base no art. 49 da Lei n. 8.981/1995.

Contrarrazões às fls. 1.826-1.838, pelas quais a contribuinte defende, preliminarmente, que o recurso especial esbarra nos óbices das Súmulas n. 7 e n. 126-STJ. No mérito, alega que: i) o lucro apurado (lucro médio de 90,88%) é confiscatório; e ii) o art. 49 da Lei n. 8.981/1995 foi revogado pela Lei n. 9.249/1995.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 1.842-1.843.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Conforme relatado, discute-se no presente recurso especial o critério normativo utilizado pelo Fisco para arbitrar o lucro tributável pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) de empresa dedicada à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda.

De início, afasto as preliminares de conhecimento aventadas pelo recorrido.

Com efeito, a controvérsia travada nestes autos diz respeito a questão eminentemente de direito, dispensando, assim, reexame do acervo fático probatório, razão pela qual afasto a alegada incidência da Súmula n. 7-STJ.

E, diferentemente do asseverado, não há no acórdão recorrido fundamento de natureza constitucional autônomo e suficiente para manter a sua conclusão, motivo por que não é caso de aplicação de Súmula n. 126-STJ.

Por fim, tendo em vista que a matéria ventilada pela recorrente foi suficientemente apreciada pelo acórdão recorrido, com expressa menção aos dispositivos legais aventados, notadamente os arts. 49 da Lei n. 8.981/1995 e 16 da Lei n. 9.249/1995, tenho por satisfeito o requisito do prequestionamento, razão por que supero, desde logo, a alegada violação do art. 535 do CPC.

Emerge dos autos que a empresa recorrida ajuizou ação ordinária com o fito de anular lançamento de IRPJ e de ser reincluída em programa de parcelamento (Refis). A insurgência da autora voltou-se, desde o início, contra o arbitramento de lucro levado a efeito pelo Fisco, o qual considerou como lucro *a totalidade da receita bruta obtida empresa*, deduzindo, apenas, o custo dos imóveis devidamente comprovados.

O acórdão recorrido, confirmando a sentença, acolheu a pretensão da contribuinte, por entender que procedimento adotado pela Administração Tributária, além de ensejar arbitramento excessivo de lucro fictício, está amparado em dispositivo legal, art. 49 da Lei n. 8.981/1995, já revogado por legislação superveniente que rege, por inteiro, a matéria, qual seja, o art. 16 da Lei n. 9.249/1995. Veja-se (fls. 1.775-1.776);

> *Pelo visto, o auditor fiscal da RFB utilizou o art. 534 do RIR (antigo art. 49 da Lei n. 8.981/1995 e não os arts. 15 e 16 da Lei n. 9.249/1995, como dito pelo fiscal), que possui a seguinte redação:*
>
> > *Art. 534. As pessoas jurídicas que se dedicarem à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, ao loteamento de terrenos e à incorporação de prédios em condomínio terão seus lucros arbitrados, deduzindo-se da receita bruta trimestral o custo do imóvel devidamente comprovado (Lei n. 8.981, de 1995, art. 49, e Lei n. 9.430, de 1996, art. 1º).*
> >
> > *Parágrafo único. O lucro arbitrado será tributado na proporção da receita recebida ou cujo recebimento esteja previsto para o próprio trimestre (Lei n. 8.981, de 1995, art. 49, parágrafo único; e Lei n. 9.430, de 1996, art. 1º).*
>
> *Todavia, esse dispositivo legal não possui aplicabilidade ao caso, porquanto distorce completamente o conceito de arbitramento ao levar em consideração para identificar a base de cálculo justamente os únicos dois elementos a serem considerados, ou seja, a receita bruta e os custos comprovados.*
>
> *[...]*
>
> *Na doutrina acerca da aplicação dos dispositivos legais em questão se encontra:*
>
> > *Todavia, a despeito disso, em terceira interpretação é ainda possível. Se formos ao texto do regulamento vamos notar que a matriz legal doa rt. 534 é o art. 49 da Lei n. 8.981/1995. Ocorre que, depois da Lei n. 8.981/1995, foi editada a Lei n. 9.249/1995, cujo art. 16 estabelece que:*
> >
> > *(...)*
> >
> > *Ora, sendo a Lei n. 9.249/1995 posterior à Lei n. 8.981/1995, a regra do art. 16 daquela revoga todas as anteriores que com ela sejam incompatíveis. Logo,*

é forçoso reconhecer que a regra do art. 534 do RIR/99 não tem supedâneo legal. Trata-se de ilegalidade ocorrida no momento da regulamentação levada a cabo pelo RIR/99. Se essa interpretação for válida, a base de cálculo das empresas que explora essa atividade estará em linha com a adotada para outras atividades.

(ANDRADE FILHO, Edmar de Oliveira. Imposto de renda das empresas. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2009, p. 546).

[...]

Logo, vê-se que de fato o art. 534 do RIR foi estabelecido em consonância com norma revogada pelo art. 16 da Lei n. 9.249/1995 e, portanto, padece de suporte legal para ter a validade.

Ademais, a utilização do art. 534 do RIR pode conduzir a distorções no cálculo do IRPJ devido porque identifica lucro irreal. Pelo arbitramento feito, a autora teria auferido lucros em cada competência equivalentes de 70,4% a 99,9% da receita bruta (fls. 851-2), o que é absolutamente inviável no setor da construção civil. Vale dizer: a aplicação do art. 534 do RIR, no caso dos autos, levou ao arbitramento de um lucro completamente inviável no ramo imobiliário (e em praticamente todas as atividades), pois não é crível que o autor tenha atingido sucessivos lucros nos patamares de 99,9%, 99,5%, 98%, 97% (...) ou até mesmo na ordem de 70% (lucro mais baixo), conforme apurou a autoridade fiscal. Ora, conforme estudo idôneo apresentado pelo perito em audiência (fls. 960-4) os lucros na construção civil, baseados em amostragem significativa de empresas (dados extraídos na Revista Exame, Ed. Abril, de 2009, e, da Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil), giram entre 6 e 9% do lucro líquido e jamais nos limites considerados no arbitramento. E, se tomar os dados médios dos anos das receitas em questão (1996 e 1997), esse lucro líquido não teria ultrapassado a 12%. São evidentes o excesso e o verdadeiro arbítrio na apuração do tributo, pois não apenas se alheou de aplicar corretamente a lei, mas da própria realidade do mercado imobiliário.

Portanto, a apuração do IRPJ por meio do arbitramento deveria seguir os parâmetros do art. 16 da Lei n. 9.249/1995 e art. 532 do RIR, tal como apontado pelo laudo pericial. e resta apenas verificar se os valores incluídos no Refis eram ou não suficientes para satisfazer o débito de IRPJ de acordo com esse parâmetro.

Ponderados todos esses elementos, tenho que a pretensão recursal da Fazenda Nacional não merece prosperar.

Antes de mais nada, para melhor compreensão da controvérsia, reproduzo os artigos de lei federal interpretados neste feito, que tratam do arbitramento do lucro das pessoas jurídicas.

Lei n. 8.981/1995

~~Art. 48. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação do percentual de quinze por cento sobre a receita bruta auferida.~~ (Revogado pela Lei n. 9.249, de 1995)

[...]

Art. 49. *As pessoas jurídicas que se dedicarem à venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda, ao loteamento de terrenos e à incorporação de prédios em condomínio terão seus lucros arbitrados deduzindo-se da receita bruta o custo do imóvel devidamente comprovado.*

Parágrafo único. O lucro arbitrado será tributado na proporção da receita recebida ou cujo recebimento esteja previsto para o próprio mês.

Lei n. 9.249/1995:

Art. 15. *A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995*. Lei n. 11.119, de 205)

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

[...]

§ 2º No caso de atividades diversificadas será aplicado o percentual correspondente a cada atividade.

§ 3º As receitas provenientes de atividade incentivada não comporão a base de cálculo do imposto, na proporção do benefício a que a pessoa jurídica, submetida ao regime de tributação com base no lucro real, fizer jus.

§ 4º O percentual de que trata este artigo também será aplicado sobre a receita financeira da pessoa jurídica que explore atividades imobiliárias relativas a loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda, bem como a venda de imóveis construídos ou adquiridos para a revenda, quando decorrente da comercialização de imóveis e for apurada por meio de índices ou coeficientes previstos em contrato. (Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005)

Art. 16. *O lucro arbitrado das pessoas jurídicas será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, dos percentuais fixados no art. 15, acrescidos de vinte por cento.*

Parágrafo único. No caso das instituições a que se refere o inciso III do art. 36 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995, o percentual para determinação do lucro arbitrado será de quarenta e cinco por cento.

Pois bem, diante da imprestabilidade das informações prestadas pelo contribuinte sujeito ao regime do lucro real (art. 530, I, do RIR/99), o Fisco está autorizado a lançar crédito de Imposto de Renda mediante arbitramento do lucro possivelmente obtido pela pessoa jurídica e, para esse mister, deve observar os parâmetros legais pelo quais se presume esse resultado (lucro).

Para os casos em que a receita bruta é conhecida, hipótese dos autos, o art. 48 da Lei n. 8.941/1995 preconizava, como regra geral, que o lucro devia ser arbitrado na razão de 15% (quinze por cento) da receita bruta. Esse, portanto, era o percentual que a lei estimativa como margem de lucro a ser considerada para a tributação do IRPJ.

Com o advento da Lei n. 9.249/1995, o legislador alterou esse paradigma, fixando, com regra geral, que o lucro arbitrado deve corresponder ao percentual previsto para o lucro presumido, 8%, acrescido de 20%, totalizando, dessa forma, 9,6% da receita bruta.

Já o art. 49 da Lei n. 8.941/1995, diversamente do sustentado pela recorrente, não versa sobre outro parâmetro estimativo para arbitramento de lucro das empresas dedicadas à compra e venda de imóveis, mas, apenas, por opção legislativa, garante para essas contribuintes a dedução dos custos dos imóveis da receita bruta a ser considerada para aplicação do aludido percentual estimativo de lucro, que era de 15% e hoje é de 9,6%.

O parágrafo único desse artigo apenas confirma que o lucro presumido decorre de proporção e não da totalidade da receita obtida.

Aqui identifico a inconsistência no arbitramento já detectada pelas instâncias de origem. A interpretação levada a efeito pela Fazenda Nacional, de considerar a totalidade da receita bruta e não a proporção determinada pelo art. 16 da Lei n. 9.249/1995, resultou em arbitramento de lucro em percentual elevadíssimo, de quase 100% da receita bruta obtida, desgarrando-se, em muito, da realidade econômica, tal como explicitado no acórdão recorrido.

Importa sopesar, por oportuno, que, da diferença entre o valor de venda do imóvel e o seu custo de aquisição, o empresário deve suportar inúmeras outras despesas para alcançar seu resultado (empregados, ativo, despesas operacionais, etc). Em face disso, a legislação determina que o arbitramento do lucro deve levar em consideração apenas uma parte (percentual) da receita bruta conhecida.

Isso fica ainda mais claro com a inovação normativa promovida pela Lei n. 11.196/2005, que, ao introduzir o § 4º no art. 15 da Lei n. 9.249/1995,

reconheceu que a margem de lucro presumido das empresas do ramo da recorrida segue a regra comum estabelecidas às demais pessoas jurídicas.

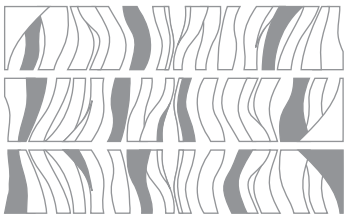
Frise-se, por oportuno, que o IRPJ deve incidir sobre o resultado que gera acréscimo patrimonial e não sobre a receita bruta, base essa própria de outros tributos (PIS e Cofins).

Desse modo, deve prevalecer a conclusão das instâncias ordinárias, de que o lucro arbitrado da recorrida deve ser calculado na forma do art. 16 da Lei n. 9.249/1995, sem, contudo, reconhecer a revogação do art. 49 da Lei n. 8.941/1995, posto que a possibilidade de dedução da receita bruta utilizada para calcular o percentual de lucro nele prevista não foi objeto da lei nova.

Por fim, insubsistente se mostra o reclamo de que a recorrida não pode utilizar-se do art. 16 da Lei n. 9.249/1995 ao argumento de que no período em que foram gerados os créditos ela não poderia optar pelo sistema do lucro presumido. Digo isso por que a referida Lei prevê apenas um único tratamento para arbitramento de lucro destinados aos casos de receita bruta conhecida. Ademais, o fato de o lucro arbitrado resultar da majoração de 20% das alíquotas previstas para o lucro presumido não permite a conclusão que esses percentuais não podem ser aplicados para os contribuintes que não optem por esse sistema de tributação.

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É o voto.



Segunda Turma

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 36.821-RJ (2011/0301911-9)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Fernanda de Freitas Leitão e outro
Advogado: João Alberto Romeiro e outro(s)
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Procurador: Cristiano Franco Martins e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Constitucional. Processo Civil. Cartório. Sucursal. Instalação em 1972. Anterioridade. Preliminar. Erro de julgamento. Ausência de prejuízo à defesa. Art. 43 da Lei n. 8.935/1994. Não aplicação ao caso concreto. Sucursal anterior à Constituição Federal de 1988 e a lei de regência. ADI n. 1.583-4-RJ. Revisão administrativa. Transcurso do prazo quinquenal. Inexistência de processo administrativo. Violação ao direito líquido e certo. Precedente.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em *mandamus* impetrado contra o Provimento n. 38/2009 da Corregedoria-Geral da Justiça pelo qual se determinou o fechamento da sucursal de ofício de notas que havia sido instalada em 1972; a parte recorrente traz preliminar de nulidade no julgamento da origem, bem como postula - no mérito - que no caso da serventia em questão não deve ter incidência o art. 43 da Lei n. 8.395/1994, além de defender que o ato coator não respeitou o prazo quinquenal para revisão dos atos administrativos, nem ao devido processo legal.

2. Não deve ser acolhida a preliminar de violação ao rito de julgamento na origem, porquanto não foi demonstrado eventual prejuízo à defesa ou à atuação dos advogados. Precedente: EDcl no RMS n. 18.318-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 29.6.2012.

3. O art. 43 da Lei n. 8.935/94 claramente determinou a proibição de que fossem instaladas novas sucursais, nada tratando do fechamento das anteriormente existentes, especialmente as que advêm

de período anterior à Constituição Federal de 1988, como é o caso em tela; o tema foi debatido na ADI n. 1.583-4-RJ, na qual houve o deferimento de cautelar, pelo Pretório Excelso que, como consta dos autos, perdeu o seu objeto em razão da alteração na interpretação administrativa da Corregedoria-Geral da Justiça.

4. A Súmula n. 473-STF determina que a revisão dos atos administrativos pode ser realizada de ofício pela Administração Pública; porém, sua aplicação demanda a observância do prazo de cinco anos, tal como previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, sendo necessária a instauração de processo administrativo. Precedente: RMS n. 37.508-RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8.5.2013.

5. Pelos fundamentos acima indicados, é localizado o direito líquido e certo à manutenção da situação jurídica anterior, que somente poderá ser alterada no caso de vacância da titularidade e da alteração da organização cartorária local.

Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. Bruno Calfat, pela parte recorrente Fernanda de Freitas Leitão.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 28.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Fernanda de Freitas Leitão e Outro*, com

fundamento no art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (fl. 557, e-STJ):

> *Mandado de segurança. Preliminar de prevenção. Rejeição. Cada ação mandamental discute o direito pessoal do respectivo impetrante, não se configurando, por isso, a conexão entre as ações. No mérito há ausência de direito líquido e certo a ser protegido. Sucursais do 15º Ofício de Notas da Comarca da Capital. Ato do Corregedor Geral de Justiça extinguindo as sucursais de serventias extrajudiciais. Artigo 43 da Lei n. 8.935/1994 que veda a instalação de sucursal. Nulidade de pleno direito a manutenção de qualquer sucursal após o advento da referida lei. Rejeição da preliminar e, no mérito, denegação da ordem.*

Contra o acórdão acima foram interpostos embargos de declaração, rejeitados nos termos da seguinte ementa (fls. 589-590, e-STJ):

> *Embargos de declaração. - Alegação de omissões, inaplicabilidade do artigo 555 § 20, bem como o artigo 552 § 3º, ambos do Código de Processo Civil e o artigo 50 inciso LIV, da Constituição Federal, vez que desrespeitado o devido processo legal. Arguição de nulidade por falta de cientificação da data do julgamento da autoridade coatora, do Procurador do Estado e do Ministério Público. Descumprimento do Regimento desse Tribunal nos termos do artigo 50 § 2º, razão pela qual o julgamento efetuado, deveria ter sido incluído na pauta do dia vinte e dois e em assim não procedendo restou nulo o decidido no acórdão de fls. 539-544. Acrescenta que merece também ser suprida a violação no sentido de que apesar de o reconhecimento que a sucursal do Décimo Quinto Ofício de Notas foi criada antes da vigência da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8.935/1994 e a titularidade no referido serviço notarial se deu em 17.8.1998. Afirma que a própria Constituição Federal determina em seu artigo 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." Prequestionamento destas matérias para ingresso de recurso nas instâncias superiores. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a ensejar a oposição dos presentes aclaratórios, com efeitos infringentes - não pode ser acolhida pretensão cujos termos já foram apreciados. Meio impróprio para prequestionamento de matérias - nega-se provimento ao recurso.*

O presente processo é conexo à Medida Cautelar n. 18.912-RJ, na qual foi deferida liminar, em decisão cuja ementa transcrevo:

> *Administrativo. Cartório. Sucursal. Provimento determinando fechamento. Plausibilidade do direito alegado. Demonstrada. Existência de debate na ADI n. 1.543-RJ, no STF. Risco irreparável ou de difícil reparação. Caracterizado. Liminar deferida.*

Nas razões do recurso ordinário (fls. 606-636, e-STJ), defendem os impetrantes que a autoridade – Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – teria publicado a Portaria GCJ n. 01/2012, determinando o fechamento da sucursal do 15º Ofício de Notas, já que o art. 43 da Lei n. 8.935/1994 determinaria a vedação ao funcionamento da sucursal do seu cartório. O cerne da controvérsia está relacionado com a alegação de que o 15º Ofício de Notas possui o direito líquido e certo ao funcionamento regular da sua sucursal, já que o art. 43 da Lei n. 8.935/1994 não se aplicaria à sucursal da serventia, anterior à referida lei e à Constituição Federal de 1988. Também, que a sucursal foi mantida aberta com autorização estatal e, portanto, tal ato não poderia ser revisto, porquanto ultrapassado o lapso de cinco anos, previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999.

Ademais, considera que não foi respeitado o devido processo legal no caso. Em adição, funda o recurso ordinário na alegada inobservância do art. 555, §§ 2º e 3º, da Código de Processo Civil, bem como alega que o próprio Tribunal de Justiça, em caso análogo, teria concedido a segurança.

Contrarrazões nas quais se alega que o ato reputado como coator apenas deu exeqüibilidade ao Provimento n. 38/2009 da Corregedoria que vedou a instalação de sucursais de cartórios em atenção à Constituição Federal de 1988. Argumenta que a Corregedoria apenas estaria seguindo o entendimento do Conselho Nacional de Justiça. Postula que o *decisum* cautelar da ADIN n. 1.583 não pode ser considerado, uma vez que a ação teria sido extinta por perda do seu objeto. Afasta eventuais liminares concedidas pelo STF contra decisões do CNJ, pois não seriam aplicáveis ao caso concreto. Descreve o marco jurídico das atividades cartorárias para defender a juridicidade do ato reputado coator e a ausência de direito adquirido ao funcionamento de sucursais.

Traz como precedente o MS n. 28.272 do STF que foi extinto sem apreciação do mérito. Ainda, considera que não há falar em direito adquirido pois - apesar das sucursais datarem de antes de 1988 - os impetrantes teriam assumido o cartório em 1998 e 2000. Por fim, argumenta que não haveria falar no transcurso do prazo previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, pois a mantença da sucursal seria inconstitucional. Alega não ter havido ofensa ao art. 555 do CPC, com base no EDcl no REsp n. 887.378-SP, nem violação ao devido processo legal, contraditório ou à ampla defesa e, tampouco, à isonomia (fls. 668-719, e-STJ).

O Ministério Público Federal se justifica da desnecessidade de atuação daquele órgão em razão de interpretação da Lei Complementar n. 75/1993 e

da Recomendação n. 16/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público (fls. 742-753, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Deve ser provido o presente recurso ordinário.

Inicialmente, anoto que o argumento de violação ao rito processual no julgamento pela origem não se verifica. Argumenta os recorrentes que o *error in judicando* seria derivado da violação aos §§ 2º e 3º do art. 555 do CPC, nos seguintes termos (fl. 614, e-STJ):

> Na hipótese em análise, não há dúvidas de que, diante do pedido de vista e do decurso do prazo previsto no art. 555, § 2º do Código de Processo Civil, o mandado de segurança deveria ter sido incluido na pauta do dia 22, o que não ocorreu, dando ensejo à manifesta nulidade do julgamento realizado.
>
> Por esse motivo, confiam os recorrentes em que, verificada a violação à regra do art. 555, § 3º, do CPC, será decretada a nulidade do julgamento realizado pelo órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ordenando-se o novo julgamento pela Corte local, em conformidade com o art. 555, § 2º, do CPC.

Trago precedente do STJ que trata da questão:

> Administrativo. Processual Civil. Embargos de declaração no recurso em mandado de segurança. Pedido de vista. Julgamento retomado após seis meses. Composição do colegiado. Manutenção. Sustentação oral. Realização. Nulidade. Ausência. Contradição. Inexistência. Questão de concurso. Pertinência temática. Edital. Observância. Matéria constitucional. Prequestionamento. Não cabimento.
>
> 1. Em regra, o pedido de vista, quando já proferido o voto do relator, após a sustentação oral dos advogados, equivale ao adiamento do término do julgamento, dispensando nova inclusão em pauta.
>
> 2. Excepcionalmente, a demora na retomada do julgamento, aliada à demonstração de prejuízo à defesa - mormente nos casos de mudança na composição do órgão julgador, ou de geração de obstáculos à sustentação oral - será causa de nulidade do aresto.
>
> 3. No caso dos autos, o prejuízo não foi demonstrado, uma vez que, embora o julgamento tenha sido retomado 6 (seis) meses após o pedido de vista, o patrono da embargante já havia realizado sustentação oral após a leitura do relatório,

> e a composição subjetiva do colegiado não sofreu alteração relevante, ou seja, mudou-se apenas o Desembargador convocado, passando a vaga a ser ocupada pela em. Ministra Jane Silva, que não votou no segundo julgamento.
>
> 4. Afastada a alegação de nulidade do julgamento.
>
> (...)
>
> 8. Embargos de declaração rejeitados.
>
> (EDcl no RMS n. 18.318-RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 5.6.2012, DJe 29.6.2012.)

As datas demonstram que não houve violação ao direito de defesa, nos termos do precedente acima indicado. O julgamento iniciou em 18.10.2011 e após o início da votação, houve pedido de vista. O julgamento foi retomado em 22.11.2011. Os recorrentes alegam que isto somente seria possível com nova publicação de pauta, combinada com a intimação das partes.

Como bem indicado no precedente acima, para que haja a nulidade de julgamento, deve ser evidenciado cerceamento de defesa, ou seja, a parte precisa comprovar que a sistemática inibiu a atuação do advogado e, com tal inibição, prejudicou sua atuação.

Não é o caso dos autos.

Assim, não vejo violação neste campo.

Não cabendo a preliminar, passo ao mérito.

O relatório descreve com detalhes a controvérsia.

O ato inicialmente reputado coator é Provimento n. 38/2009 da Corregedoria-Geral de Justiça que, abaixo, transcrevo (fls. 34-35, e-STJ):

> *Provimento n*. 38/2009
>
> O Desembargador *Roberto Wider*, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no uso de suas atribuições legais (art. 44, XX do Livro I do C.O.D.J.E.R.J. c.c. o art. 2º, II da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça em vigor) e,
>
> *Considerando* que compete a Corregedoria Geral da Justiça no Estado do Rio de Janeiro a exclusiva fiscalização constitucional dos atos notariais e de registro, consoante a prescrição do art. 236, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, art. 37 da e art. 17, § 3º do Livro I do CODJERJ, sob a égide do princípio da legalidade;
>
> *Considerando* a decisão do colendo Conselho Nacional de Justiça, nos autos do PCA n. 200810000006974 e PCA n. 200810000008855 - Rel. Cons. Rui Stoco - 70ª

Sessão - j. 23.9.2008 - DJU 13.10.2008 e também no PCA n. 200810000011994 - Rel. Cons. Rui Stoco - 80ª Sessão - j. 17.3.2009 - DJU 6.4.2009;

Considerando que a proibição de desdobramento físico de serventia sob a modalidade de sucursais decorre da própria Constituição Federal, de sorte que o disposto no art. 43 da Lei Federal n. 8.935/1994 ("Cada serviço notarial ou de registro funcionará em um só local, vedada a instalação de sucursal") traduz mera explicitação do que preceitua o § 3º do art. 236 da Constituição Federal;

Resolve:

Art. 1º - Extinguir as sucursais das Serventias Extrajudiciais providas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Art. 2º - Os serventuários estatutários não remunerados pelos cofres públicos e os celetistas que se encontrarem em exercício nas referidas sucursais, passam a ter exercício na matriz do cartório.

Art. 3º - Os Titulares ou Delegatários das Serventias cujas sucursais são extintas devem transferir para a matriz da Serventia todo acervo utilizado no exercício da atividade, particularmente a totalidade dos livros, os encerrados e em curso, lavrando-se, nestes últimos, certidão do ato de transferência na primeira folha em branco disponível após o último ato lavrado, bem como, confeccionando relatório circunstanciado sobre as atividades de cessação das Sucursais, contendo o relato de todas as ocorrências relevantes, encaminhando-o, no prazo de 15 (quinze) dias, à Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 4º - Os casos omissos serão decididos pelo Corregedor-Geral da Justiça.

Art. 5º - Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Publique-se, registre-se e cumpra-se.

Rio de Janeiro, 5 de maio de 2009.

Desembargador *Roberto Wider*

Corregedor-Geral da Justiça

Após a publicação do ato, os recorrentes impetraram o presente *writ of mandamus*. As informações foram prestadas pelo Corregedor Geral de Justiça (fls. 328-344, e-STJ). Após a chegada das informações, o pedido de liminar foi indeferido (fls. 345-346, e-STJ). Foram interpostos embargos, rejeitados pela origem (fl. 354, e-STJ). Foram interpostos novos embargos, aduzindo que haviam sido proferidas liminares em casos similares, de outras serventias (10º e 14º Ofícios de Notas) (fls. 373-374, e-STJ). Logo, foram providos os embargos e concedida a liminar.

O Estado do Rio de Janeiro interpôs agravo regimental (fls. 432-459, e-STJ). O Órgão Especial do Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso em acórdão com a seguinte ementa (fl. 474, e-STJ):

> *Agravo regimental. Mandado de segurança. Deferimento de liminar*. Prudente arbítrio do Relator no exame da matéria, à disciplina legal. Se a decisão judicial atacada traz em si justificação jurídica razoável, eis que não precisa ser longamente explicada, sobretudo quando está concedendo apenas a liminar porque o Órgão Especial concedeu liminares nos outros dois mandados de segurança impetrados contra as partes no mesmo ato que atingiram outras duas sucursais. Confirmação do despacho judicial. Precedente deste Órgão Especial. Agravo regimental a que se nega provimento.

O mérito foi apreciado no acórdão recorrido que, ao denegar a segurança, permitiu que a autoridade coatora emanasse ato administrativo - Portaria GCJ n. 01/2012 - para dar cumprimento ao ato arrolado como coator. Transcrevo:

> *Portaria* CGJ n. 01/2012
>
> O Desembargador *Antonio José Azevedo Pinto*, Corregedor Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no desempenho das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 44, inciso XX do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro:
>
> *Considerando* os vv. Acórdãos proferidos pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento dos Mandados de Segurança impetrados pelos Serviços do 10º Ofício de Notas da Capital (MS n. 0035338 21.2009.8.19.0000), do 15º Ofício de Notas da Capital (MS n. 0035193 62.2009.8.19.0000), do 23º Ofício de Notas da Capital (MS n. 0034829 90.2009.8.19.0000) e do RCPN da 11ª Circunscrição da Capital (MS n. 0034582 12.2009.8.19.0000), no que concerne ao fechamento de suas sucursais;
>
> *Considerando* que o v. *decisum* do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro denegou a segurança, rejeitando a pretensão deduzida pelos Delegatários dos Serviços extrajudiciais no sentido da manutenção das suas sucursais;
>
> *Considerando* que a denegação da segurança importa na cessação dos efeitos da medida liminar anteriormente concedida, na forma da Súmula n. 405 do STF;
>
> ***Considerando** que se encontram restabelecidos, em relação aos Serviços do 10º Ofício de Notas da Capital, do 15º Ofício de Notas da Capital, do 23º Ofício de Notas da Capital e do RCPN da 11ª Circunscrição da Capital, os efeitos do Provimento CGJ n. 38, publicado em 6 de maio de 2009, que determinava o fechamento das sucursais dos Serviços extrajudiciais providos após a vigência da Constituição Federal de 1988;*

Considerando o disposto no Provimento CGJ n. 76/2009, publicado em 23.10.2009, que autoriza o Serviço de RCPN a utilizar as instalações das sucursais para implantação de posto de atendimento para a prática de atos de registro civil;

Considerando a necessidade de ser concedido prazo aos Serviços extrajudiciais para a adoção das providências necessárias ao cumprimento da v. decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça;

Considerando o que ficou decidido no Processo Administrativo n. 2011/080650;

Resolve:

Art. 1º Os Serviços do 10º Ofício de Notas da Capital, do 15º Ofício de Notas da Capital, do 23º Ofício de Notas da Capital e do RCPN da 11ª Circunscrição da Capital deverão promover o fechamento de suas sucursais até o dia 29 de fevereiro de 2012.

Art. 2º Os serventuários estatutários não remunerados pelos cofres públicos e os celetistas que se encontrarem em exercício nas sucursais dos Serviços extrajudiciais apontados no artigo 1° passam a ter exercício na respectiva matriz.

Art. 3º Os Delegatários/Responsável pelo Expediente dos Serviços extrajudiciais, cujas sucursais estão sendo extintas, deverão transferir para a matriz todo acervo utilizado no exercício da atividade, incluindo a totalidade dos livros, os encerrados e em curso, lavrando se, nestes últimos, certidão do ato de transferência na primeira folha em branco disponível após o último ato lavrado.

Art. 4º O Delegatário do Serviço de RCPN da 11ª Circunscrição da Capital deverá observar o disposto no Provimento CGJ n. 76/2009, no que concerne à autorização para implantar postos de atendimento, com finalidade exclusiva de praticar atos de registro civil, nos espaços utilizados pelas suas sucursais.

Parágrafo único. O acervo relativo à atribuição de registro civil da sucursal extinta deverá permanecer no posto de atendimento.

Art. 5º Os Delegatários/Responsável pelo Expediente dos Serviços extrajudiciais deverão, ainda, elaborar relatório circunstanciado sobre as providências adotadas para o fechamento das sucursais, contendo o relato de todas as ocorrências relevantes, encaminhando o, no prazo de 15 (quinze) dias, à Corregedoria Geral da Justiça.

Art. 6º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 2012.

Desembargador *Antonio José Azevedo Pinto*

Corregedor Geral da Justiça

A *quaestio iuris* pode ser assim resumida, pelo extração de trecho do acórdão recorrido que transcrevo abaixo (fls. 558-559, e-STJ):

> No caso concreto a Impetrante argumenta sobre a presença de direito adquirido para permanência das sucursais 15º Oficio de Notas da Comarca da Capital por terem sido criadas anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988.
>
> Entretanto, a sua pretensão afronta ao que dispõe o artigo 43 da Lei n. 8.935/1994 que estabelece: "cada serviço notarial ou de registro funcionará em um só local vedada a instalação de sucursal".
>
> *Embora as sucursais possam ter sido criadas, por autorização administrativa, anterior à Constituição Federal de 1988, a assunção da titularidade da Impetrante no Serviço Notarial ocorreu após a vigência da Lei n. 8.935/1994 que regulamentou o artigo 236 da Carta Magna, por concurso público, em 17.8.1998.*

Em suma, o voto vencedor reconhece que a delegatária assumiu o 15º Ofício de Notas em 17.8.1998. Todavia, também indica que a conformação estrutural do cartório - com uma sucursal - é anterior à Constituição Federal de 1988. Esta é a questão controvertida!

O raciocínio trazido no voto vencedor pode ser sintetizado da seguinte forma: O Tribunal de origem considerou que não haveria o direito líquido e certo pleiteado, pois o funcionamento da sucursal seria ilegal ao tempo de sua assunção pelos recorrentes, ou seja, quando da outorga da delegação em 1998, não havendo falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito. Todavia, cabe anotar que o ato se deu por anuência administrativa da Corregedoria da Justiça do Tribunal de origem, como está demonstrado nos autos.

Para embasar a conclusão oposta, ou seja, de que há o direito líquido e certo postulado, anoto que foi proferido voto divergente nos autos do processo, na origem, que firmou a minha convicção. Transcrevo (fls. 563-567, e-STJ):

> *Fiquei vencido no mérito porque "data venja" da sempre d. Maioria, convenci-me de que o direito líquido e certo dos impetrantes foi efetivamente violado e por isso, relativamente ao mérito, a segurança deve ser concedida!*
>
> É que o artigo 236 da Constituição Federal de 1988 nada dispôs sobre a proibição de criação ou sobrevivência de sucur- sais de cartórios, remetendo à Lei ordinária o encargo de regulamentar as atividades dos Notários e Registradores, de forma que o legislador ordinário recebeu o encargo de regulamentar uma norma "em branco", de forma que à Lei n. 8.935/1994, embora seja regulamentadora de um dispositivo constitucional, não se aplica o princípio da inexistência de direito adquirido contra a Constituição, e assim o artigo 43 da dita Lei n. 8.935/1994, ao proibir a "(...) instalação de sucursais (...)" de cartório, não fez nenhuma referência às sucursais já existentes, não havendo aí uma redação equivocada ou insuficiente do dispositivo, mas sim apenas a convicção plena

do legislador ordinário de que a lei que estava elaborando estava submetida ao princípio geral da irretroatividade da lei, de forma que o Provimento n. 38/2009 não poderia ter determinado o fechamento e extinção das sucursais criadas e instaladas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e no caso vertente a sucursal de que se cuida neste *mandamus* foi criada e está instalada há mais de 32 anos, como reconhecido pela digna Autoridade coatora, e por isso o encerramento abrupto das suas atividades próprias, evidencia a lesão ao direito líquido e certo dos Impetrantes.

Realmente, a 1ª impetrante obteve a sua delegação notarial para atividade no Cartório extrajudicial do 15º Ofício de Notas da Comarca da Capital deste Estado pelo Ato Executivo n. 1.866/1998 do Exmo. Desembargador Presidente deste Tribunal de Justiça, Cartório esse que tinha uma sucursal que fora criada e instalada em 1978, tendo funcionando ininterruptamente até 1997, quando foi fechada em função do Provimento n. 1/1997 da Corregedoria de Justiça, vindo a ter a sua reabertura autorizada por liminar deferida pel Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.583, manejada pela ANOREG/BR contra o referido Provimento n. 1/1997.

Importante frisar que o mérito dessa ADI não chegou a ser julgado porque meses depois o novo Desembargador Corregedor Geral da Justiça reconheceu a inconstitucionalidade do ato de seu antecessor e editou os Provimentos n. 17/1998 e n. 26/1998, que revogaram o Provimento no 1/1997 e (logicamente) permitiram a reabertura da sucursal em virtude da revogação do ato que determinara o fechamento!

Acontece que no interregno entre a edição do Provimento de 1997 e o deferimento da liminar pelo STF o Cartório ficou vago, de forma que ao ser comunicado da possibilidade de reabrir a sucursal, o responsável pelo expediente que havia sido designado por este Tribunal de Justiça enfrentou uma questão não de ordem jurídica, mas de ordem econômica: para "reabrir" a sucursal, ele teria que remontá-la, ou seja, alugar um espaço físico e mobiliá-lo adequadamente como exigido por este Tribunal, o que demandaria volumoso dispêndio de dinheiro e ele (responsável pelo expediente) não tinha a garantia de recuperação do capital investido, primeiro porque o Concurso Público para provimento da titularidade daquela (e de dezenas de outras serventias vagas) já estava em fase final de realização (tanto que a 1ª impetrante, aprovada no Concurso, recebeu a sua delegação ainda em 1998) e segundo porque, não tendo como saber quem assumiria a delegação daquele Cartório, o responsável pelo expediente não tinha saber se ele concordaria em indenizá-lo das despesas e ficar com as instalações (já que o novo delegatário poderia perfeitamente preferir instalar a sucursal em outro lugar e entregar-lhe as instalações feitas).

Posto diante do dilema, o responsável pelo expediente da serventia não requereu nem promoveu a reabertura da sucursal, razão pela qual a 1ª impetrante, já na qualidade de delegatária, foi quem solicitou à Corregedoria Geral da Justiça

a reativação da sucursal, o que logicamente lhe foi deferido (porque já não mais vigente então aquele Provimento de 1997 que ordenara o fechamento), tendo a serventia funcionado ininterruptamente daí até agora, em 2009, quando o Desembargador Corregedor da Justiça editou o Provimento n. 38/2009, que extinguiu as sucursais das serventias extrajudiciais do Estado do Rio de janeiro, providas após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988!

Fica assim evidente que se a Lei n. 8.935/1994 proibiu apenas "(...) a instalação de sucursais (...)" de cartório e estava (como está) submetida ao princípio geral da irretroatividade da lei, o Provimento n. 38/2009 não poderia ter determinado o fechamento e extin ção das sucursais criadas e instaladas antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, como a que é objeto deste *mandamus* (que foi criada e está instalada há mais de 32 anos).

Também não há que se cogitar a respeito da possibilidade de ter havido uma modificação do quadro jurídico em virtude do da delegação ter ficado vaga e sido provida por concurso realizado depois da Constituição Federal de 1988, primeiro porque ninguém fez concurso público para uma sucursal de Cartório (e sim para um dos Cartórios vagos, um dos quais ou alguns dos quais tinham sucursal), segundo porque ninguém fez concurso público para o Cartório do 15º Ofício de Notas (todos concorreram a uma das vagas e a escolha foi feita ao final do concurso por ordem de classificação segundo cada Comarca pela qual o candidato optara quando da inscrição), terceiro porque se a 1ª impetrante pôde escolher o Cartório do 15º Ofício, é porque ela ficou bem classificada ou porque o Cartório não interessou a nenhum dos concorrentes melhor classificados que ela e, finalmente, porque o "status" jurídico da serventia não pode de forma alguma decorrer da vontade daquele que vem a receber a delegação para operá- lo como notário, sendo óbvio que o novo delegatário recebe o Cartório com todos os predicados jurídicos que a ele já estão agregados (designação numérica, competência, território de atividade, etc.) e se parece óbvio que a nomeação de um novo delegatário nada pode acrescentar à serventia, também parece óbvio que ela não pode gerar a perda de parte do seu "patrimônio jurídico" (no caso a sucursal), salvo se a Lei n. 8.935/1994 dispusesse que no caso de vacância do cargo de delegatário, as eventuais sucursais seriam extintas, como ela fez relativamente à acumulação de serviços (proibindo no artigo 26 a acumulação numa mesma serventia dos serviços enumerados no artigo 5º e determinando no artigo 49 que a desacumulação fosse feita na "(...) primeira vacância da titularidade de serviço notarial ou de registro (...)" e da desestatização (impondo-a no artigo 50 no caso de vacância)!

Dentro desse quadro, não se pode mesmo deixar de reconhecer que o encerramento abrupto das suas atividades próprias da sucursal do Cartório, configura lesão ao direito líquido e certo dos Impetrantes.

Por tais razões foi que votei concedendo no mérito a segurança requerida, para garantir aos Impetrantes o regular exercício do seu direito de manter em

> funcionamento a sucursal do 15º Ofício de Notas da Comarca da Capital, nos termos do pedido do inciso 68 da inicial à fls. 22.

Passo aos meus fundamentos.

Em *primeiro lugar*, tenho que o art. 43 da Lei n. 8.935/1994 não é empecilho à localização do direito líquido e certo buscado. Confira-se o dispositivo:

> Art. 43. Cada serviço notarial ou de registro funcionará em um só local, vedada a instalação de sucursal.

A referida norma jurídica é bastante clara ao indicar a proibição de instalação de sucursais. Ou seja, após o seu advento, novas sucursais não poderiam ser instaladas, nada se tratando na referida lei federal sobre a manutenção ou fechamento das sucursais já existentes.

Em *segundo lugar*, é fato que a outorga da mencionada serventia cartorária à delegatária, dotada de uma sucursal instalada em 1998. Porém, é relevante frisar que houve a concessão de liminar na ADI n. 1.583-4-RJ. Ao que se indica, ocorreu a perda de objeto naquela ação direta de inconstitucionalidade, porquanto a Corregedoria da Justiça deu-lhe ensejo, uma vez que revogou o provimento que julgava inconstitucional. E, assim, manteve-se hígido o direito do 15º Ofício de Notas de contar com a sucursal, em razão de sua instalação ter ocorrido antes de 1988, ou seja, em 1972.

Este foi o fundamento pelo qual concedi a liminar pedida na MC n. 18.912-RJ, para emprestar efeito suspensivo ao acórdão recorrido. Repetirei aqui os argumentos daquela decisão.

Em princípio, é clara a aplicabilidade do art. 43 da Lei n. 8.935/1994, para vedar a instalação de sucursal de cartório. Neste sentido: RMS n. 14.616-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.2.2005, p. 186.

Contudo, cabe notar que o presente caso possui contornos próprios. O Supremo Tribunal Federal apreciou a ADI n. 1.583-4-RJ.

A medida cautelar na ADI, no STF, foi ajuizada para suspender a eficácia imediata de provimentos da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que visavam ao fechamento imediato das sucursais de ofício de notas.

Não obstante isso, o Excelso Pretório *reviu aquela decisão de indeferimento e concedeu a cautela*, porquanto consignou que havia grave risco de dano irreparável, ou de difícil reparação, bem como que havia a fumaça do bom direito.

Transcrevo o acórdão:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Medida cautelar indeferida, em julgamento anterior. 3. Fato novo trazido pela autora, quanto à aplicação imediata dos Provimentos n. 1 e n. 6, de 1997, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, referentes às sucursais de Ofícios de Notas do Rio de Janeiro e de Niterói. 4. Ato administrativo do Corregedor-Geral da Justiça, em cumprimento às disposições do parágrafo único do art. 3º e parágrafos 1º e 2º do art. 7, dos Provimentos n. 1/1997 e 6/1997, da referida Corregedoria, estabelecendo prazo, na iminência de esgotar- se, para o exercício da opção de que tratam os dispositivos mencionados, tendo como destinatários os delegatários de Ofícios, responsáveis pelo expediente, servidores celetistas e estatutários, dos serviços notariais com sucursais. 5. Conseqüências graves resultantes da imediata aplicação dos dispositivos aludidos podendo conduzir a situações, em concreto, de difícil reparação, na hipótese de a ação ser julgada procedente. 6. O fato novo relativo à imediata efetivação do desmembramento das sucursais das serventias e necessidade de opção de titulares e servidores constitui fundamento relevante a justificar se atenda à súplica da autora quanto ao deferimento da liminar. 7. Cautelar concedida para suspender, *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a eficácia dos Provimentos n. 01/1997 e 6/1997, ambos da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
>
> (Questão de Ordem na Medida Cautelar na ADI n. 1.583-RJ, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 10.9.1997, DJ 13.11.1998, p. 2, Ementário vol. 1931-01, p. 60.)

Em sequência, sobreveio nova questão de ordem, para dar conta de nova situação de fato, qual seja, a iminente entrada de novos titulares nos Ofícios de Notas que menciona, por meio de concurso público.

Transcrevo a ementa:

> Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Provimentos n. 1 e n. 6, de 1997, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, referentes às sucursais de Ofícios de Notas do Rio de Janeiro e Niterói. 3. Cautelar concedida para suspender, *ex nunc* e até o julgamento final da ação, a eficácia dos referidos Provimentos. 4. Concursos públicos abertos para o provimento das serventias extrajudiciais dos Cartórios dos 10º, 14º e 15º Ofícios de Notas da comarca do Rio de Janeiro, com sucursais, limitado, porém, o provimento, tão-só, das respectivas matrizes dos Ofícios aludidos. 5. Constituição Federal, art. 236, § 3º, Lei n. 8.935/1994 (art. 16). 6. Hipótese em que não se configura desrespeito à liminar, porque já abertos os concursos públicos, anteriormente à decisão cautelar. 7. Questão de Ordem que se resolve no sentido da possibilidade de a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro prosseguir na realização dos concursos públicos para o provimento das delegações referentes às matrizes das serventias relativas

> aos Ofícios de Notas de n. 10º, 14º e 15º, antes mencionados, devendo, entretanto, em face da cautelar, ser observado o seguinte: se a conclusão dos concursos públicos e o provimento das delegações ocorrerem antes do julgamento final da ADIN n. 1.583, os novos titulares não poderão ser privados do exercício nas respectivas sucursais, pois essa é, em face da cautelar, a situação atual das serventias do Rio de Janeiro, com sucursais.
>
> (Questão de Ordem na Questão de Ordem na Medida Cautelar na ADI n. 1.583-RJ, Relator Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 15.4.1998, DJ 13.11.1998, p. 2, Ementário vol. 1931-01, p. 123.)

Na prática, o que se visualiza é que o debate havido no Pretório Excelso permitiu o direito pleiteado no presente recurso ordinário em mandado de segurança. Mais, a Corregedoria da Justiça permitiu e anuiu que tal direito deveria ser respeitado. Quando o entendimento interno se alterou, editou-se provimento e - de ofício - foi revisto o direito sem iniciar processo administrativo específico pelo qual fossem prestigiados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O STJ já consolidou que, havendo interferência na esfera jurídica, não pode a administração pública se eximir em realizar processo administrativo formal com atenção aos princípios acima indicado.

Neste sentido:

> Administrativo. Processual. Servidor público. Gratificação. Suspensão de pagamento. Ausência de processo administrativo prévio. Ilegalidade.
>
> (...)
>
> 2. A administração tem o poder de rever e anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, nos termos da Súmula n. 473-STF. Contudo, quando tais atos invadem a esfera jurídica dos administrados, é obrigatória a instauração de processo administrativo prévio, com a observância do devido processo legal. Precedentes do STJ.
>
> 3. Recurso Ordinário provido para conceder a Segurança.
>
> (RMS n. 37.508-RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.3.2013, DJe 8.5.2013.)

Ainda, em *terceiro lugar*, a revisão administrativa daquele direito poderia ter ocorrido de ofício, nos termos das Súmulas n. 473 e n. 346 do STF, desde que se respeitasse o prazo quinquenal, tal como previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. Não foi o caso, pois a revisão se deu somente com o Provimento de n. 38/2009, o ato arrolado como coator.

Neste sentido:

> Administrativo. Mandado de segurança. Anistia de militar. Anulação após transcurso do prazo quinquenal. Prévia medida de impugnação da validade do ato concessivo. Descaracterização. Má-fé do beneficiário não demonstrada. Decadência configurada.
>
> 1. "A revisão das portarias concessivas de anistia submete-se à fluência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999, o qual fixa em cinco anos o direito da Administração Pública de anular os atos administrativos que produzam efeitos favoráveis aos seus destinatários. Precedentes do STF" (MS n. 15.706-DF, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe 11.5.2011).
>
> (...)
>
> 3. Ultrapassado o prazo quinquenal para anulação do ato administrativo, a decadência somente poderá ser decretada se demonstrada a má-fé do administrado (art. 54, *caput*, *in fine*, da Lei n. 9.784/1999), o que não se verifica no caso dos autos.
>
> 4. O ato de impugnação à validade, para obstar o prazo decadencial, deve: a) ser praticado pela autoridade competente; b) possuir caráter específico e individualizado; e c) conter notificação ao administrado. Inteligência do art. 54, § 2º, da Lei n. 9.784/1999.
>
> 5. Segurança concedida para restabelecer a anistia.
>
> (MS n. 18.608-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22.5.2013, DJe 5.6.2013.)

São estes os fundamentos jurídicos para concessão da segurança.

Pelos fundamentos acima indicados, é localizado o direito líquido e certo à manutenção da situação jurídica anterior, que somente poderá ser alterada no caso de vacância da titularidade e da alteração da organização cartorária local.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 36.950-RO (2012/0012576-1)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: João Teixeira de Souza

Advogado: Francisco Ricardo Vieira Oliveira e outro(s)
Recorrido: Estado de Rondônia
Procurador: Jane Rodrigues Maynhone e outro(s)

EMENTA

Mandado de segurança. Recurso ordinário. Servidor público estadual ocupante de cargo em comissão. Idade superior a setenta anos. Aposentadoria compulsória. Art. 40, § 1º, II, e § 13 da CF/1988. Inaplicabilidade. Exoneração baseada exclusivamente no fato de ser o impetrante septuagenário. Teoria dos motivos determinantes. Possibilidade de a autoridade impetrada exonerar o impetrante por outro fundamento ou mesmo sem motivação expressa. Recurso ordinário provido.

1. A discussão trazida no apelo resume-se em definir se a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão.

2. A regra constitucional que manda aposentar o servidor septuagenário (§ 1º, II) está encartada no artigo 40 da CF/1988, que expressamente se destina a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, providos em seus cargos por concurso público. Apenas eles fazem jus à aposentadoria no regime estatutário.

3. Os preceitos do artigo 40 da CF/1988, portanto, não se aplicam aos servidores em geral, mas apenas aos titulares de cargos efetivos. O § 13, reconhecendo essa circunstância, é claro quando determina que, "ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social" (excluído, obviamente, o regime de previdência disciplinado no art. 40 da CF/1988).

4. Os servidores comissionados, mesmo no período anterior à EC n. 20/1998, não se submetem à regra da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. O § 2º do art. 40 da CF/1988, em sua redação original, remetia à lei "a aposentadoria em cargos ou empregos temporários". Portanto, cabia à lei disciplinar a aposentadoria dos

servidores comissionados, incluindo, logicamente, estabelecer, ou não, o limite etário para a aposentação.

5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

6. No caso, como a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, por força da teoria dos motivos determinantes, deve ser anulado o ato impugnado no *mandamus*, nada impedindo, todavia, que a autoridade impetrada promova nova exoneração *ad nutum*.

7. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 26.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: *João Teixeira de Souza* impetrou mandado de segurança contra ato supostamente abusivo e ilegal do Presidente do Tribunal de Conta do Estado de Rondônia, autoridade que o exonerou do cargo em comissão que ocupava, por entender que a exclusão do serviço público quando implementados os 70 anos de idade atinge tanto os servidores efetivos quanto os comissionados, pois há, em relação a ambos, uma presunção constitucional absoluta de inaptidão ao serviço público.

A segurança foi denegada pelo Tribunal de origem com base nos seguintes fundamentos, bem resumidos na ementa:

> *Constitucional e Administrativo*. Ocupante de cargo comissionado. Exoneração por implemento de idade (70 anos). Ato discricionário. Teoria dos motivos determinantes. Vinculação da legalidade do ato ao motivo de sua prática. Ilegalidade. Inexistência. Ato fundamentado na interpretação da própria Constituição Federal.
>
> Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato.
>
> O ocupante de cargo comissionado, muito embora trate-se de cargo de natureza temporária, tem assegurado o direito de aposentadoria, nos moldes da lei geral de previdência social, sujeitando-se, todavia, às regras constitucionais previstas aos servidores públicos no art. 40, § 1º, II, da Magna Carta, por ser espécie destes (e-STJ fl. 112).

Por meio de recurso ordinário, fundado no art. 105, II, **b**, da CF/1988, o impetrante alega que "o regime previdenciário previsto no art. 40 da Constituição da República, destina-se, atualmente, aos servidores *stricto sensu*, titulares de cargos efetivos, que devem ser aposentados ao completar a idade de 70 anos, o que não é o caso dos Assessores de Cargos Comissionados sem vínculos, pois, além de não pagarem previdência, não estão sujeitos a nenhum regime previdenciário" (e-STJ fl. 144).

Sustenta que "a única regra existente na Constituição sobre aposentadoria compulsória é dirigida aos servidores efetivos" (e-STJ fl. 147). Argumenta que a única alteração relevante implementada pela EC n. 20/1998 no art. 40 da CF/1988 resumiu-se a mudança do regime constitucional previdenciário dos ocupantes de cargo em comissão, que, antes remetida à lei, passou a obedecer ao Regime Geral de Previdência.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 2.602-0 (MC), publicada em 6 de junho de 2003, decidiu que a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade só se aplica aos titulares de cargos efetivos. Cita também a ADIn n. 2.891-0 (MC), a PET n. 2.903-8 (QO), a PET n. 2.890-2(MC) e o MS n. 23.831.

Contrarrazões ofertadas (e-STJ fls. 179-184).

Admitido o recurso na origem, subiram os autos ao STJ (e-STJ fl. 199).

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Washington Bolívar Júnior, opina pelo não provimento do recurso (e-STJ fls. 211-213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Preenchidos os pressupostos de recorribilidade, conheço do recurso, passando ao exame da pretensão nele articulada.

A discussão trazida no apelo resume-se a definir se a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, inciso II da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão. Dito de outra forma, o servidor investido tão somente em cargo comissionado pode continuar exercendo as suas atribuições mesmo após completar 70 anos de idade?

Vale a pena conferir o que dispõe o art. 40, § 1º, II e § 13º da CF/1988:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
>
> II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;
>
> § 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Com base nesses normativos, a Corte local concluiu que o instituto da aposentadoria compulsória aplica-se não apenas aos titulares de cargos efetivos, mas também àqueles ocupantes de cargos em comissão.

Essa orientação já recebeu o aval do Superior Tribunal de Justiça em, pelo menos, duas oportunidades, como se observa dos julgados abaixo transcritos:

> Administrativo. Servidor ocupante de cargos em comissão. Exoneração por implemento de idade (70 anos). Ilegalidade. Inexistência.
>
> 1. A expressão "servidor público" é gênero do qual faz parte o ocupante de cargo em comissão que, a exemplo do detentor de cargo efetivo, ao completar setenta anos de idade, não pode mais continuar na ativa, porque sua retirada

para a inatividade é compulsória (obrigatória), não havendo falar em ilegalidade, porquanto, em última *ratio*, o fundamento do ato é a própria Constituição Federal (art. 40, § 1º, inciso II).

2. Recurso ordinário improvido (RMS n. 10.423-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, DJ de 30.10.2000).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público ocupante de cargo em comissão. Aposentadoria compulsória. Idade. Omissão legislativa. Artigo 4º da LICC.

1. Nos termos do artigo 40, parágrafo 2º, da Constituição da República, "a lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários."

2. Por força de norma constitucional, a aposentadoria dos servidores ocupantes de cargo em comissão, assim considerados aqueles de ocupação transitória, será regulada por lei ordinária.

3. A aposentação dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão tem seu estatuto legal na própria Constituição da República, não se lhes aplicando as disposições contidas no artigo 186, incisos I, II, e III, da Lei n. 8.112/1990.

4. Assim como determinado na Constituição da República, a Lei Orgânica do Distrito Federal remeteu a disciplina da aposentadoria dos servidores ocupantes de cargos temporários, subentenda-se servidores em cargos de ocupação transitória – cargos em comissão, à edição de lei ordinária (artigo 41 da LODF).

5. Em inexistindo no plano local qualquer norma que regule especificamente o regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo em comissão, assim como aconteceu no plano federal, com a edição da Lei n. 8.647, de 13 de abril de 1993, tem incidência o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

6. Diante da omissão legislativa no âmbito do Distrito Federal e considerando-se que servidor público é gênero do qual faz parte o ocupante de cargo em comissão (RMS n. 10.423-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 30.10.2000), aplicam-se ao servidor as disposições contidas na Lei n. 8.112/1990, recepcionada pela Lei Distrital n. 211/1991, impondo-se a sua aposentação compulsória aos setenta anos de idade.

7. Recurso provido (RMS n. 11.722-DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 29.10.2001).

Todavia, os dois precedentes desta Corte já não encontram suporte na regra constitucional do art. 40, § 1º, II, e § 13 da CF/1988, com a redação que lhe conferiu a EC n. 20/1998. Ambos referem-se a controvérsia judicial instaurada quando ainda vigente o art. 40 da CF/1988 em sua redação primitiva, *verbis*:

> Art. 40. O ***servidor*** será aposentado:
>
> II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;
>
> § 2º. A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

O dispositivo em destaque reportava-se, genericamente, à figura do "servidor", sem especificar se seriam todos eles (aí inclusos os comissionados), ou apenas os titulares de cargos efetivos.

Com a nova redação dada pela EC n. 20/1998, o art. 40 da CF/1988 passou a referir-se, especificamente, aos servidores efetivos, *verbis*:

> Art. 40. Aos *servidores titulares de cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
>
> II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

A redação original do art. 40 da CF/1988 dava margem, portanto, a questionamento sobre o alcance e a eficácia subjetiva da norma. Forte corrente doutrinária e jurisprudencial entendia que o regramento aplicava-se a todos os servidores, indistintamente, fossem efetivos ou comissionados. Para muitos, entretanto, o dispositivo limitava-se aos servidores titulares de cargos efetivos.

A discordância, portanto, não envolve qualquer crítica às conclusões que adotaram, pois originados controvérsias judiciais instauradas quando ainda vigente a redação primeira do art. 40 da CF/1988.

Feito esse breve esclarecimento, passo ao exame do caso concreto (nova redação do art. 40, § 1º, I, e § 13 da CF/1988), relembrando os postulados básicos de hermenêutica, sobretudo, constitucional.

Em primeiro plano, as limitações a um direito são tomadas restritivamente e não podem ser presumidas. Assim as limitações a um direito ou são expressas ou devem surgir como consequência direta da interpretação, que as reconheça como razoavelmente implícitas, nunca como pressuposto dela. Em segundo

lugar, o significado das normas jurídicas deve atentar para o complexo normativo em que inseridas, ao que equivale dizer que o ordenamento não pode ser interpretado em tiras. Necessária, sempre, a visão exata do contexto em que a norma se insere.

Destacados esses postulados, cabe agora examinar a regra constitucional em destaque.

A norma constitucional que manda aposentar o servidor septuagenário (§ 1º, II) está encartada no artigo 40 da CF/1988, que expressamente se destina a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, providos em seus cargos por concurso público. Apenas eles podem auferir a aposentadoria no regime estatutário.

> Art. 40. Aos servidores ***titulares de cargos efetivos*** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
>
> § 1º ***Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo*** serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:
>
> II - ***compulsoriamente, aos setenta anos de idade***, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Os preceitos do artigo 40, portanto, não se aplicam aos servidores em geral, mas apenas, repita-se, aos titulares de cargos efetivos. Aliás, seu § 13, reconhecendo essa circunstância, é claro quando determina que, "ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social" (excluído, obviamente, o regime de previdência disciplinado no art. 40 da CF/1988).

Vale a pena reler o § 13 do art. 40 da CF/1988, *verbis*:

> § 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Assim, observados os princípios de hermenêutica acima declinados, não há dúvida de que a regra do art. 40, § 1º, II, da CF/1988 não se aplica aos

servidores ocupantes de cargos em comissão, para os quais incide o Regime Geral de Previdência Social-RGPS, que não estabelece qualquer limite de idade à aposentadoria compulsória.

O preenchimento de cargos comissionados leva em conta o interesse da Administração Púbica e, portanto, não se submetem às mesmas regras dos titulares de cargos efetivos.

Por essa razão, o art. 40, § 1º, II, da CF/1988, ao estabelecer limite etário, restringe-se aos titulares de cargos efetivos, não aos comissionados.

Inexistindo restrição quanto à idade para os comissionados, não pode a regra do art. 40, § 1º, II, da CF/1988 ser interpretada extensivamente para fazer abranger aqueles que ocupam cargos temporários em razão do vínculo de confiança com a chefia imediata.

Ademais, o art. 40, § 13, da CF/1988, expressamente, subordina os cargos em comissão ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS, que não limita a aposentadoria aos setenta anos de idade, como o faz os estatutos dos servidores públicos.

É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, na redação que lhe foi conferida pela EC n. 20/1998, que prevê aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, limita-se aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e fundações.

> *Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Inaplicabilidade. Emenda Constitucional n. 20/1998. Exercício de atividade em caráter privado por delegação do poder público. Inaplicabilidade da aposentadoria compulsória aos setenta anos. Inconstitucionalidade.* 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC n. 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios - incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público - serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CF/1988 - aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADIn n. 2.602-MG, Rel. para acórdão Min. Eros Grau, Pleno, DJ 31.3.2006).

No mesmo sentido: Agravo Regimental no RE n. 411.266, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 3.8.2011; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 494.237, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 7.12.2010; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 478.392, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 21.11.2008; Agravo Regimental na Reclamação n. 5.526, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 15.8.2008; Agravo Regimental no Ag n. 655.378, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28.3.2008, Embargos de declaração no RE n. 556.504, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 25.10.2010.

É bem verdade que os precedentes do Supremo trataram de caso ligeiramente diferente, a envolver os notários e registradores, mas esse fato não infirma a posição consolidada de que a regra que prevê aposentadoria compulsória aos 70 anos somente se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos.

A posição do Supremo também foi abraçada pelo Conselho Nacional de Justiça, por diversas vezes, como demonstra o seguinte precedente que transcrevo:

> *Controle de ato administrativo. Manutenção de servidor aposentado no cargo de Diretor Geral após os 70 anos*. – "Servidores com cargos em comissão podem ser mantidos ou contratados após 70 anos, já que a aposentadoria compulsória aplica-se somente aos servidores efetivos" (CNJ, Procedimento de Controle Administrativo n. 0000999-36.2007.2.00.0000, Rel. Conselheira Andréa Pachá, 49ª sessão, 9.10.2009, DJU 25.10.2007).

Depreende-se do voto da ilustre Conselheira que o Plenário do CNJ decidiu, por unanimidade, que é inaplicável a aposentadoria compulsória ao ocupante de cargo em comissão sem vínculo efetivo.

Penso que essa orientação abrange, igualmente, os servidores comissionados anteriores à EC n. 20/1998, que também não se submetem à regra que impõe a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

Isso porque o § 2º do art. 40 da CF/1988, em sua redação original, portanto, antes da EC n. 20/1998, remetia à lei "a aposentadoria em cargos ou empregos temporários".

Portanto, cabia à lei disciplinar a aposentadoria dos servidores comissionados, incluindo, logicamente, estabelecer, ou não, o limite etário para a aposentação.

Com esses breves fundamentos, concluo que deve ser acolhida a pretensão recursal.

Obviamente que, tratando-se de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, pode a autoridade que nomeou o impetrante para o cargo exonerá-lo, a qualquer tempo, inclusive sem motivação alguma.

Como no caso a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, por força da teoria dos motivos determinantes, deve ser anulado o ato impugnado na impetração, nada impedindo, todavia, que a autoridade impetrada promova nova exoneração *ad nutum*.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso ordinário*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.080.221-RS (2008/0176582-7)

Relator: Ministro Castro Meira
Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
Recorrido: Sandro Drum
Advogado: Carine Ecke e outro(s)

EMENTA

Recuso especial. Ação popular e ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Artigos 9º, *caput* e inciso XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. Presidente da Câmara Municipal de Vereadores. Veículo oficial. Utilização em passeios com a família e em transporte de ração para cavalo de propriedade do agente político. Regulamentação interna da Câmara. Ausência. Irrelevância.

1. As ações popular e civil pública foram propostas contra agente político que, comprovadamente, utilizou veículo oficial em passeios com pessoas da família e em transporte de ração para cavalo de sua propriedade.

2. A eventual ausência de disciplina específica no âmbito da Câmara de Vereadores no tocante ao uso dos bens públicos não garante ilimitados direitos aos agentes políticos respectivos. Ao contrário, no direito público brasileiro, os agentes públicos e políticos podem fazer somente o que a lei – em sentido amplo (leis federais, estaduais e municipais, Constituição Federal, etc.) – permite, *não aquilo que a lei eventualmente não proíba de modo expresso*. Assim, a possível falta de regulamentação implica adotar as restrições próprias e gerais no uso dos bens públicos, os quais se destinam, exclusivamente, a viabilizar atividades públicas de interesse da sociedade. No caso, o veículo recebido destina-se a auxiliá-lo na representação oficial da Casa por ele presidida, comparecendo a eventos oficiais, reuniões de interesse público, localidades atingidas por calamidades públicas e que precisam de ajuda da municipalidade, etc.. Flagrantemente, não estão incluídos passeios com a família fora do expediente, em fins de semana e feriados, e transporte de ração para cavalo de propriedade do parlamentar. Nesses últimos exemplos há um induvidoso desvio de poder, considerando que o bem de propriedade pública foi utilizado com finalidade estranha ao interesse público, distante do exercício da atividade parlamentar.

3. Extrai-se dos atos praticados pelo réu, como consequências lógicas e imediatas, verificadas *primus ictus oculi* – independendo do reexame de provas, (i) o enriquecimento indevido do agente em detrimento do erário, tendo em vista que, em substituição do automóvel particular do réu, foi utilizado veículo público, o qual sofreu desgastes induvidosos (pneus, câmbio, motor, lataria, parte elétrica, freios etc.), além do consumo de combustível, e (ii) o absoluto desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, o qual obriga os agentes públicos e políticos a agirem conforme os princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Daí que os fatos narrados revelam a prática de atos de improbidade mediante clara vontade e desejo do agente, estando inseridos nos artigos 9º, *caput* e inciso XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

4. Para a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, não há necessidade da efetiva presença de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito.

5. Violação do art. 535 do Código de Processo Civil prejudicada.

6. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 16.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O recurso especial foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra os acórdãos de fls. 309-315 e 326-329 (e-STJ), da 21ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementados:

> Apelação cível. Ação de improbidade. Uso de veículo oficial. Presidente da Câmara de Vereadores. Falta de regulamento de uso. Ausência de prova do prejuízo ao erário. Improcedência da demanda.
>
> Conforme a prova recolhida na instrução, não há qualquer regulação ou disciplina no uso de veículo entregue ao Presidente da Câmara de Vereadores, não se podendo falar em abuso na utilização do mesmo.
>
> Ademais, não há prova do prejuízo experimentado pelo erário público com a utilização do veículo.
>
> Improcedência da ação de improbidade.
>
> Apelação provida (e-STJ fl. 312).
>
> Embargos de declaração. Apelação cível. Ação de improbidade. Uso de veículo oficial. Presidente da Câmara de Vereadores. Falta de regulamento de uso. Ausência de prova do prejuízo ao erário. Improcedência da demanda.

> Não se verifica qualquer omissão no julgado que, ante a inexistência de qualquer regulação ou disciplina no uso de veículo entregue ao Presidente da Câmara de Vereadores, não vislumbra abuso na utilização do mesmo.
>
> Ademais, não encontra prova do prejuízo experimentado pelo erário público com a utilização do veículo.
>
> Improcedência da ação de improbidade.
>
> Embargos rejeitados (e-STJ fl. 327).

O recorrente alega, preliminarmente, violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, "ao desacolher os Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público, que visava a sanar omissão referente ao enfrentamento de questão afeta à subsunção da conduta do agente aos termos dos artigos 9º, incisos IV e XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, porquanto incontroverso o uso indiscriminado pelo agente público de veículo oficial, revelando-se matéria imprescindível ao deslinde da controvérsia" (e-STJ fl. 340).

No mérito, sustenta contrariedade aos arts. 9º, IV e XII, 11, *caput*, e 21, todos da Lei n. 8.429/1992. Isso porque "o órgão fracionário, apesar de reputar incontroverso o uso do veículo oficial pelo agente público para atendimento de interesses pessoais, aquilatou este fato como regular: seja porque, em seu entender, inexiste proscrição legal; seja porque não vislumbrou a prova de prejuízo ao erário" (e-STJ fl. 344). Conclui que, "incontroverso no *decisum* que o recorrido fez uso de veículo oficial para o atendimento de interesses particulares, tais como passeios com a família, trato de cavalos de sua propriedade e participação em rodeios da região, é o que basta para concluir pela existência do ato ímprobo" (e-STJ fls. 344-345). Argumenta, ainda, *in verbis*:

> Com efeito, a limitação do uso de bem público pelo respectivo agente que, em razão do cargo, o detém, encontra-se expressamente regulado pelos princípios informadores da atuação administrativa, notadamente o da moralidade. Tal vetor, assim como as regras de concreção imediata, vinculam o agente na gestão da coisa pública, responsabilizando-o pelos atos que se divorciam deste axioma.
>
> Ademais, não se pode perder de vista o caráter objeto do mencionado princípio do que resulta não poder o agente se comprometer apenas com seus princípios éticos anímicos ou subjetivos, mas com o interesse público, aferível tão-somente por meio de condutas que objetivamente demonstrem a lisura de seu ato.
>
> [...]
>
> Sob tal enfoque, impende afirmar que o patrimônio estatal destina-se unicamente a atender os interesses da sociedade, do que resulta que seu uso pelo

servidor apenas se legitima quando instrumentaliza o exercício das atribuições do cargo que ocupa, razão por que proscrito a fruição indiscriminada dos bens que integram seu acervo.

Diante de tal assertiva, resta claro que o uso indiscriminado de veículo oficial pelo então Presidente da Câmara de Vereadores vulnerou sobremodo a moralidade administrativa, coadunando-se aos termos preconizados pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, *in verbis*:

> Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;
>
> (...).

Não bastasse a manifesta subsunção do fato à norma acima referida, no caso dos autos, o ato em exame implicou também no enriquecimento indevido do agente, porquanto este auferiu vantagem ilícita em prejuízo ao erário.

No ponto, basta cotejar-se sua conduta aos termos expressos do artigo 9º, incisos IV e XII, da Lei de Improbidade:

> Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito *auferir qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*
>
> (...)
>
> *IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos*, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, *de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei*, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;
>
> *XII - usar, em proveito próprio, bens*, rendas, verbas ou valores *integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei*.

Nesses termos, resulta indubitável a natureza ímproba da conduta implementada pelo recorrido.

Tal assertiva foi expressamente enfrentada pela sentença, que solveu a lide nos termos da tese ora esposada, *in verbis* (fls. 229-31):

> Como se observa, esses relatos não deixam qualquer dúvida de que o réu Sandro passeava de camionete com a esposa e filhos, levava ração para seu cavalo no Balneário Municipal, tendo se deslocado, ao menso uma vez, a um rodeio na cidade de Arroio do Tigre com o veículo que seria para uso público. A tese de que estaria em missão oficial foi completamente descartada pelas testemunhas, já que o réu foi visto no balneário em dia da semana, quando nenhum evento lá ocorria. Em seu depoimento, aliás, o réu sugere que teria o direito de usar a camionete como bem entendesse, já que era o Presidente da Câmara.
>
> (...).
>
> Portanto, ao utilizar veículo público para fins particulares, o réu Sandro Drum auferiu vantagem ilícita, violando o disposto no arts. 9º, IV, e 11, I, da Lei n. 8.429/1992.

> Com base em tais premissas, resulta patente que a conduta do demandado, a par de malferir o dever de moralidade na gestão da coisa pública, divorciando-se do interesse coletivo que deve pautar a atuação administrativa, implicou em enriquecimento ilícito do agente, em evidente prejuízo ao erário, coadunando-se aos termos da Lei de Improbidade.
>
> [...]
>
> De efeito, a Lei n. 8.429/1992 é permeada por dispositivos que, interpretados *a contrario sensu*, revelam a dispensabilidade do prejuízo econômico-financeiro para a Administração Pública a fim de configurar o ato de improbidade e seu sancionamento. É o que se dessome, por exemplo, dos artigos 5º, 7º, 17, § 2º, e 21, I, da Lei de Improbidade (e-STJ fls. 345-347).

Pede, ao final, o provimento do recurso especial para "(a) cassar a decisão proferida pela Vigésima Primeira Câmara Cível, remetendo-se o feito ao Tribunal *a quo* para que seja sanada a omissão suscitada nos aclaratórios e, alternativamente, no caso de entender prequestionada toda a matéria em exame, (b) reformar a decisão hostilizada, com o desiderato de julgar procedente a demanda civil pública, restabelecendo a sentença proferida em sua integralidade" (e-STJ fl. 349).

O recorrido não apresentou contrarrazões (e-STJ fl. 350) e o recurso especial foi admitido (e-STJ fls. 352-354).

Opina o Dr. Aurélio Virgílio Veiga Rios, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo provimento do recurso especial em parecer assim ementado:

> *Recurso especial. Ação civil pública. Prejuízo ao erário público municipal. Violação do art. 535 do CPC. Ponto essencial. Manifestação obrigatória.* I. O recurso

> especial merece ser conhecido por estarem devidamente prequestionados os dispositivos federais tidos por violados. II. No mérito, em que pese a oposição de embargos de declaração pelo Ministério Público Estadual, o Tribunal *a quo* não sanou a omissão existente, razão pela qual deve ser declarada a nulidade do acórdão ora impugnado. III. Conquanto não esteja o magistrado obrigado a enfrentar todos os questionamentos das partes, não pode le se abster de se manifestar sobre questão relevante para o deslinde da controvérsia. Omissão caracterizada. Violação ao art. 535, inciso II, do CPC. IV. No mérito, a conduta do recorrido se reveste de natureza ímproba, porquanto a utilização de veículo oficial pelo agente público para o atendimento de interesses pessoais implicou o auferimento de vantagem ilícita, acarretando o emprego indevido de verbas públicas em prejuízo ao Erário. V. A lesão a princípios administrativos contidos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova de lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedentes do STJ. VI. Afasta-se do Enunciado da Súmula n. 7 a pretensão do recorrente em ver examinada a correta valoração da prova, como no caso dos autos, em que se almeja a manifestação do STJ quanto à aplicação das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, especialmente quando os fatos narrados revelam atos tipificados como de improbidade administrativa e os documentos colacionados apontam indícios de prova mais que suficiente para a condenação do recorrido pela prática de atos ímprobos, mas que foram erroneamente desqualificados pelo Tribunal *a quo*. VII. Parecer pelo conhecimento do recurso especial e, no mérito, pelo seu provimento (e-STJ fl. 362).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ajuizou, em 4.11.2005, "ação de improbidade administrativa" contra Sandro Brum, pela prática de atos de improbidade previstos nos artigos 9º, incisos IV e XII, 10, *caput* e incisos II e XIII, e 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992. Narrou na petição inicial, para tanto, o seguinte:

> O réu – funcionário público municipal – exerceu mandato de vereador na legislatura 2001/2004, sendo que no ano de 2004 ocupou a Presidência da Câmara Municipal de Vereadores.
>
> O Poder Legislativo Municipal de Salto do Jacuí – como é do conhecimento de todos – possui o veículo caminhoneta Ford Ranger, placas IJZ 3637.

Ocorre que era corrente nesta cidade o fato de o vereador e então Presidente da Câmara Sandro Drum utilizar o veículo do Poder Legislativo – público – para fins eminentemente particulares, em manifesto desvio de finalidade.

Com efeito, foi referido que o réu utilizava com muita frequência o veículo público para *passeios com a esposa e filhos*, quando não para *tratar de cavalos*. Tal uso era tão escancarado que o denunciante (Dr. Arizoli de Oliveira Tacques) chegou a referir em petição dirigida à Comissão de Investigação da Câmara de Vereadores que, se preciso fosse, *forneceria 100 nomes para provar o alegado*. No entanto, a comissão de Investigação instaurada no âmbito do Poder Legislativo Municipal não tratou especificamente do desvio de finalidade envolvendo o veículo público, atendo-se a outros fatos.

As pessoas ouvidas pelo Ministério Público referiram, ainda, que o veículo da Câmara de Vereadores *sempre estava em frente à casa do réu*, que era *visto diariamente conduzindo a caminhoneta, inclusive finais de semana e feriados*, em algumas oportunidades *sem camisa*, o que afasta definitivamente a possibilidade de estar usando o automóvel na condição de Presidente da Câmara.

Não faltou, também, quem dissesse que o réu utilizava o veículo para perseguir e *denunciar seus adversários políticos*, utilizando-o para *passeios com a família fora do horário de expediente da Câmara*.

Corroborando as afirmações do representante (Dr. Arizoli de Oliveira Tacques), houve testemunhas presenciais que viram o réu utilizar o veículo público, em algumas oportunidades acompanhado da família, para levar alimento a um equino de sua propriedade que estava no balneário desta Cidade.

Foi, ainda, constatado por integrantes da comunidade que o réu utilizava tal veículo para frequentar e participar de rodeios pela região, utilizando-se de automóvel oficial a ele destinado tão-só para satisfazer interesse particular, o que não deixa de ser uma vantagem direta ilicitamente fruída pelo detentor do cargo público.

Por sua vez, o réu confessou a prática infracional, ***embora a seu modo***. Merece transcrição:

> É mentira que usou o carro da Câmara para fins particulares (...) Refere que o Presidente pode sair com o veículo representando a Câmara. *Quando não está representando a Câmara a lei lhe ampara, porque o veículo foi adquirido para uso do Presidente, mesmo que não esteja representando a Câmara*, e a serviço da Câmara. (?)
>
> [...]

Destarte, por tudo o que se colheu ao longo da investigação materializada no inquérito civil, tem-se claramente a prática de ato de improbidade administrativa por parte do réu que, dolosamente, utilizou-se de bem público em proveito

> próprio, na satisfação de interesse exclusivamente particular, em prejuízo ao erário e em infração a todos os princípios que regem a Administração Pública (e-STJ fls. 4-6).

Em primeiro grau, em única sentença, o Juiz de Direito "*julgou parcialmente procedentes* as ações popular e civil pública ajuizadas por *Arizoli Tacques* e *Ministério Público*, respectivamente, *condenando* o réu *Sandro Drum* a restituir aos cofres municipais a restituir aos cofres municipais a importância relativa aos gastos com combustível e manutenção do veículo indevidamente utilizado, acrescida de correção monetária e juros moratórios da data da apuração, a ser feita em liquidação de sentença por arbitramento, bem como ao pagamento de multa civil equivalente a 2 (duas) vezes o valor da remuneração por ele percebida enquanto Presidente da Câmara de Vereadores de Salto do Jacuí, devidamente atualizada" (e-STJ fl. 250). Quanto aos ônus da sucumbência, assim ficou decidido:

> Em razão da recíproca sucumbência na ação popular, o réu Sandro arcará com metade das custas, além de honorários advocatícios de 20%, devidos ao patrono do autor, incidente sobre o valor da condenação apurado na liquidação de sentença acima referida (CPC, art. 20, § 3º). Ao autor da ação popular caberá o restante das custas, bem como honorários de R$ 700,00 devidos ao patrono dos réus na referida ação (art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil). Na ação civil pública o réu arcará com a integralidade das custas. Suspendo, porém, a cobrança das verbas em relação ao réu Sandro, em razão da Assistência Judiciária Gratuita que ora lhe defiro (e-STJ fl. 250).

Extraio da sentença que, após examinar as declarações prestadas por testemunhas e o próprio depoimento do réu, concluiu o Juiz de Direito pela veracidade dos fatos alegados pelos autores, *in verbis*:

> Com se observa, esses relatos não deixam qualquer dúvida de que o réu Sandro passeava de camionete com a esposa e filhos, levava ração para o seu cavalo no Balneário Municipal, tendo se deslocado, ao menos uma vez, a um rodeio na cidade de Arroio do Tigre com o veículo que seria para uso público. A tese de que estaria em missão oficial foi completamente descartada pelas testemunhas, já que o réu foi visto no balneário em dia da semana, quando nenhum evento lá ocorria. Em seu depoimento, aliás, o réu sugere que teria o direito de usar a camionete como bem entendesse, já que era o Presidente da Câmara. Essa visão distorcida do que deva ser o trato com a coisa pública de forma alguma surpreende este julgamento, especialmente por estarmos em uma pequena cidade do interior do Rio Grande do Sul, tendo em vista o péssimo

> exemplo proporcionado pelo parlamento em âmbito nacional, onde não raro os políticos entendem que os bens públicos também lhes pertencem [...]
>
> [...]
>
> Utopia ou não, porém, o certo é que a legislação é clara ao inadmitir a confusão entre patrimônio público e particular, não podendo o político eleito pelo povo desconhecer princípios básicos de moralidade e legalidade administrativa. Se a classe política costuma fazer "vistas grossas" ao descumprimento desses princípios, a única forma de punição aos responsáveis é pela via judicial, no âmbito, especialmente, das ações populares e civis públicas, como se dá no caso presente.
>
> Portanto, ao utilizar veículo público para fins particulares, o réu Sandro Drum auferiu vantagem ilícita, violando o disposto nos arts. 9º, IV, e 11, I, da Lei n. 8.429/1992. É de se concordar, porém, com as razões invocadas pelo Ministério Público, à 221, no sentido de que a aplicação cumulativa das punições requeridas na inicial da ação civil pública são desproporcionais aos fatos imputados ao réu, mostrando-se suficiente o ressarcimento ao erário da importância relativa aos gastos com combustível e manutenção do veículo, cumulada com a multa civil nos moldes sugeridos pelo Douto Promotor de Justiça (e-STJ fls. 248-250).

O Tribunal de origem, expressamente, *apesar de reconhecer a veracidade dos fatos*, julgou improcedentes as ações, tão somente, pelo fato de o réu ter sido Presidente do Poder Legislativo do Município, pela ausência de provas de prejuízo ao erário e por não se apontar violação a nenhuma norma do Regimento Interno da Câmara, Resolução ou ato normativo. Confiram-se, oportunamente, as seguintes passagens do acórdão proferido na apelação:

> Tenho que assiste razão ao apelante.
>
> O fato imputado ao réu consiste em uso, para fins pessoais, da camioneta Ford Ranger pertencente à Câmara de Vereadores, não se pode olvidar que o réu era Presidente daquele Poder Legislativo do Município.
>
> Sobre o tema, leciona com propriedade Hely Lopes Meirelles:
>
> > *A Câmara de Vereadores, como órgão legislativo do Município, desfruta das prerrogativas próprias das corporações político-representativas, quais sejam a de compor a sua Mesa Diretiva, elaborar seu regimento, organizar os seus serviços e deliberar livremente sobre assuntos de sua economia interna.* Interna corporis *são somente aquelas questões ou assuntos que entendam direta e exclusivamente com a economia interna da corporação legislativa, com suas prerrogativas institucionais, ou com a faculdade de valorar matéria de sua privativa competência* (Direito Municipal Brasileiro, Editora Revista dos Trib., 1981, p. 503).

> Ora, na medida em que foi confiado ao Presidente da Câmara um veículo, sem qualquer limitação de uso, não se pode entender abusivo ou em desvio de função, o uso indiscriminado deste veículo.
>
> Por outro lado, não há na prova recolhida na instrução demonstração cabal de prejuízo ao erário público.
>
> *"Segundo o art. 11 da Lei n. 8.429/1992, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI)"* (REsp n. 880.662-MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma).
>
> No caso, não se aponta qualquer violação ao Regimento Interno da Câmara, Resolução ou ato normativo, no uso do veículo pelo exercício do cargo de Presidente do Órgão.
>
> Importa registrar que a jurisprudência firmou-se no sentido de que *"O pedido condenatório demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial experimentado pelo Poder Público. Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer a prova concreta da lesão. Como se sabe o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado pela omissão dolosa ou culposa."* (REsp n. 663.889-0-DF, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma).
>
> Neste contexto, resta evidente que não há no painel probatório qualquer ato abusivo no uso de veículo oficial, destinado exclusivamente ao Presidente da Câmara de Vereadores, que enseje a condenação por improbidade.
>
> Sendo assim, dou provimento ao apelo para julgar improcedente a demanda (e-STJ fls. 313-315).

Encerrada a narrativa acima, essencial para o deslinde do caso, passo a examinar as razões do recorrente.

Preliminarmente, o Tribunal de origem, expressamente, enfrentou as questões jurídicas vinculadas aos artigos arts. 9º, IV e XII (usar bem público em proveito próprio), e 11 (princípios administrativos), *caput*, da Lei n. 8.429/1992 e, ainda, fez referência explícita ao referido art. 11, ainda que tenha decidido pela não ocorrência do fato (cf. e-STJ fl. 314).

Com efeito, descreveu e reconheceu a ocorrência do fato – "utilização indiscriminada" de veículo oficial (cf. fl. 313) –, mas afastou a tipificação, porque:

(i) o veículo foi confiado ao Presidente da Câmara sem qualquer limitação de uso,

(ii) o prejuízo ao erário não foi comprovado, e

(iii) não se apontou qualquer violação ao Regimento Interno da Câmara, Resolução ou ato normativo no tocante à utilização do automóvel.

Assim, encontra-se caracterizado o prequestionamento explícito das questões jurídicas e do art. 11 e o prequestionamento implícito do art. 9º, ao examinar o conteúdo normativo da disposição da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo não citando taxativamente, o que viabiliza o julgamento das alegações meritórias apontadas no recurso especial.

Reconheço, assim, que a matéria aventada pelo recorrente se acha devidamente prequestionada.

No mérito, a orientação adotada pelo Tribunal de origem, ao reconhecer a ausência de atos de improbidade, no caso concreto, conferiu "carta branca" aos agentes políticos no uso de bens públicos que lhes são confiados, nas hipóteses em que não houver disciplina local ou interna do órgão a respeito das limitações ao uso dos mesmos bens.

Esse entendimento, entretanto, não encontra amparo no nosso Direito. A eventual ausência de disciplina específica no âmbito, *v.g.*, da Câmara de Vereadores no tocante ao uso dos bens públicos, não garante ilimitados direitos aos agentes políticos respectivos. Ao contrário, no direito público brasileiro, os agentes públicos e políticos podem fazer somente o que a lei – em sentido amplo (lei federal, estadual e municipal, Constituição Federal, etc.) – permite, *não aquilo que a lei eventualmente não proíba de modo expresso*. Assim, a possível falta de regulamentação implica adotar as restrições próprias e gerais no uso dos bens públicos, os quais se destinam, exclusivamente, a viabilizar atividades públicas de interesse da sociedade. No caso do Presidente da Câmara de Vereadores, por exemplo, o veículo recebido destina-se a auxiliá-lo na representação oficial da casa da qual faz parte, comparecendo a eventos oficiais, reuniões de interesse público, localidades atingidas por calamidades públicas e que precisam de ajuda da municipalidade, etc.. Flagrantemente, ai não estão incluídos passeios com a família fora do expediente, em fins de semana e feriados, e transporte de ração para cavalo de propriedade do parlamentar. Nesses últimos exemplos, há um induvidoso desvio de poder, considerando que o bem de propriedade do Município foi utilizado com finalidade alheia ao interesse público, distante do exercício da atividade parlamentar.

Tem-se como consequência lógica e imediata, verificada *primo ictu oculi* – independendo do reexame de provas, dos atos praticados pelo ora réu, portanto,

o enriquecimento indevido do agente em detrimento do erário, tendo em vista que, em substituição do automóvel particular do réu, foi utilizado veículo público, o qual sofreu desgastes induvidosos (pneus, câmbio, motor, lataria, parte elétrica, freios etc.), além do consumo de combustível. Igualmente, acarretaram o absoluto desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, o qual obriga os agentes públicos e políticos a agirem de conformidade com os princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Daí que os fatos narrados caracterizam, sim, atos de improbidade praticados mediante clara vontade e desejo do agente, estando inseridos nos seguintes dispositivos da Lei n. 8.429/1992, indicados no recurso especial:

> Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> [...]
>
> XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas mencionadas no art. 1º desta lei.
>
> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os *princípios da administração pública* qualquer ação ou omissão que viole os deveres de *honestidade*, imparcialidade, *legalidade*, e *lealdade* às instituições, e notadamente [...]

Ademais, especificamente quanto ao art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, nem mesmo haveria necessidade de ocorrer e de provar efetivos danos ao erário. Sobre o tema:

> Administrativo. Processual Civil. Ausência de violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC. Improbidade administrativa. Art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Contratação de servidor sem concurso público. Violação principiológica de conhecimento palmar. Multa civil. Redução. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.
>
> [...]
>
> 2. Os atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 que importem na violação dos princípios da administração independem de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito do agente público.
>
> [...]
>
> Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 70.899-SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 24.10.2012).

> Administrativo. Agravo regimental nos embargos de divergência. Improbidade administrativa. Ex-prefeito. Aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos. Atos que atentam contra os princípios da administração. Comprovação de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Desnecessidade. Súmula n. 168-STJ. Elemento subjetivo. Questão não apreciada pelo acórdão embargado. Foro privilegiado. Inovação recursal. Agravo regimental não provido.
>
> [...]
>
> 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente.
>
> [...]
>
> 6. Agravo regimental não provido (AgRg no EREsp n. 1.119.657-MG, Primeira Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.9.2012).

> Administrativo. Agravo regimental nos embargos de divergência. Improbidade administrativa. Paradigmas oriundos da mesma Turma julgadora. Discussão acerca da aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento do recurso especial. Impossibilidade. Elemento subjetivo. Questão não apreciada pelo acórdão embargado. Atos que atentam contra os princípios da administração. Comprovação de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Desnecessidade. Súmula n. 168-STJ. Agravo não provido.
>
> [...]
>
> 5. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para o enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. Incidência da Súmula n. 168-STJ.
>
> 6. Agravo regimental não provido (AgRg nos EREsp n. 1.143.484-SP, Primeira Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 30.8.2012).

Por fim, ilustrativamente, em mais de uma oportunidade esta Corte coibiu o uso de bem público para satisfazer interesse meramente pessoal, reconhecendo a prática de ato improbidade. Confiram-se:

> Processual Civil. Ação civil pública. Princípio da moralidade administrativa. Improbidade administrativa. Mera irregularidade administrativa. Princípio da insignificância. Distinção entre juízo de improbidade da conduta e juízo de dosimetria da sanção.
>
> 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Chefe de Gabinete do Município de Vacaria-

RS, por ter utilizado veículo de propriedade municipal e força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares.

2. Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado.

3. A implementação judicial da Lei da Improbidade Administrativa segue uma espécie de silogismo – concretizado em dois momentos, distintos e consecutivos, da sentença ou acórdão – que deságua no dispositivo final de condenação: o *juízo de improbidade da conduta* (= premissa maior) e o *juízo de dosimetria da sanção* (= premissa menor).

4. Para que o defeito de uma conduta seja considerado mera irregularidade administrativa, exige-se valoração nos planos quantitativo e qualitativo, com atenção especial para os bens jurídicos tutelados pela Constituição, pela Lei da Improbidade Administrativa, pela Lei das Licitações, pela Lei da Responsabilidade Fiscal e por outras normas aplicáveis à espécie. Trata-se de exame que deve ser minucioso, sob pena de transmudar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, *business as usual*.

5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado – sob o influxo do *princípio da insignificância*, mormente se por "insignificância" se entender somente o *impacto monetário direto* da conduta nos cofres públicos – evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas.

6. Iniqüidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniqüidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniqüidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração.

7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa.

8. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei n. 8.429/1992 tem na *moralidade administrativa* o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente.

9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9 e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos.

10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do *juízo de dosimetria da sanção*, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio *juízo de improbidade da conduta*, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico.

11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que "deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, *não obstante a pequena quantia desviada*, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral." (REsp n. 769.317-AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27.3.2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil.

12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público (REsp n. 892.818-RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 10.2.2010).

Administrativo. Improbidade administrativa. Sanções aplicadas pela origem. Alegada ofensa a art. 12, p. ún., da Lei n. 8.429/1992 por falta de proporcionalidade/razoabilidade. Inocorrência. Caracterização de condutas como ímprobas. Não-indicação de dispositivos legais. Incidência da Súmula n. 284 do STF, por analogia.

1. Prioridade em razão da Lei Complementar n. 135/2010.

2. Trata-se de ação civil pública em que se alega que os requeridos (ora recorrentes) - à época, respectivamente, Prefeito, Secretário Municipal do Meio Rural e Secretário Municipal de Planejamento, Infra-estrutura e Meio Ambiente - permitiram a utilização de vários veículos e máquinas de propriedade da Municipalidade, bem como do trabalho de servidores públicos, para a realização de serviços particulares no interior da "Granja Jacqueline", de propriedade do genitor do alcaide, e no acesso à Associação Recreativa Aurora, sem que houvesse

prévia autorização legislativa e tampouco contraprestação pecuniária pelos beneficiados. Na espécie, importante destacar, ainda, que dois vereadores foram agredidos por prepostos que trabalhavam em propriedade particulares beneficiadas pelos serviços e maquinários, inclusive com destruição de filmadoras e fitas cassetes com a quais se pretendia demonstrar a ocorrência das referidas ilegalidades.

3. Nas razões recursais, os recorrentes apontam ter havido ofensa ao art. 12, p. ún., da Lei n. 8.429/1992, ao argumento de que a aplicação cumulativa das sanções previstas no inc. II do mesmo dispositivo é desproporcional aos efeitos do ato considerado ímprobo. Além disso, no mérito, dizem que o acórdão merecem reforma porquanto as condutas praticadas não são ímprobas.

4. Considerando os fatos apontados, entende-se que a aplicação das sanções ocorreu de forma fundamentada e razoável, especialmente levando em conta que todas foram fixadas no mínimo legal.

5. Não se pode perder de vista que o uso da coisa pública em benefício particular, mormente em situações de que acabam levando a agressões físicas a particulares e a seu patrimônio (destaques nos trechos acima recortados), subverte de maneira grave e indelével a figura do gestor do erário em gestor do patrimônio privado, aniquilando, em suas raízes mais essenciais, a premissa do mandato político conferido pelo povo através das eleições.

6. Daí porque são *ontologicamente* pertinentes a imposição de perda da função pública, suspensão de direitos políticos no mínimo legal e proibição de contratar com e receber incentivos do Poder Público também no mínimo legal.

7. Bem assim irrepreensível a incidência de multa civil (que não se confunde com ressarcimento ao erário), que adquire contornos de sanção ligada à necessidade de, mais do que impedir os recorrentes de participarem da vida pública como mandatários protagonistas, ver reparado o eventual dano à imagem da Administração Pública frente à sociedade local - especialmente, como disse, tendo em foco que houve agressões físicas a particulares, com tentativa de destruição de provas do cometimento das condutas ímprobas.

8. Note-se, como já dito, ser obrigatório o ressarcimento, considerando a existência de o prejuízo ao erário.

9. No mais, no que tange ao mérito (caracterização da improbidade administrativa), a falta de indicação de dispositivo sobre o qual recai a alegada violação de legislação infraconstitucional e a divergência jurisprudencial atrai a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido (REsp n. 1.013.275-SC, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 20.9.2010).

Fica prejudicada, por fim, a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença do Juiz da Comarca de Salto do Jacuí-RS*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.237.176-SP (2011/0031420-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Dutramovi Utilidades Domésticas Ltda. - Microempresa e outro

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processo Civil. Execução fiscal. Bem de família dado em garantia. Imóvel rural. Art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/1990. Possibilidade na parte que excede ao necessário à moradia do devedor e de sua família.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC se o Tribunal aborda todas as questões relevantes para o julgamento da lide.

2. Aplica-se à penhora de imóvel rural o § 2º do art. 4º que dispõe: "quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

3. Recurso especial parcialmente provido para determinar a penhora do imóvel rural no percentual que exceda o necessário à moradia do devedor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 4 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 10.4.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

> Embargos à execução fiscal. Cessão de crédito rural. Substituição do título. Garantia hipotecária. Bem de família. Impenhorabilidade. Art. 1º e 5º, da Lei n. 8.009/1990.
>
> 1. A substituição da Cédula de Crédito Rural pela Certidão de Dívida Ativa, para fins de instrução da execução fiscal, implica extinção da garantia hipotecária oferecida no primeiro título, visto que a CDA não comporta garantia.
>
> 2. Determina o artigo 1º e 5º da Lei n. 8.009/1990 que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei". (f. 133)

Foram opostos embargos de declaração (fls. 136-140), que restaram rejeitados (fls. 141-145).

Nas razões recursais aponta-se violação ao art. 535 do CPC e aos arts. 2º da MP n. 2.196/2001, 69 do Decreto-Lei n. 167/1967 e 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, aduzindo os seguintes fundamentos:

a) o Tribunal de origem omitiu-se na apreciação da legislação federal tida por violada; e

b) o crédito objeto da execução fiscal refere-se à cédula de crédito rural oriunda de renegociação efetivada entre o Banco do Brasil S/A e o devedor, de acordo com a Lei n. 9.138/1995, que tratou do alongamento das dívidas agrárias, adquirida pela União com fundamento no art. 2º da MP n. 2.196-3/2001 e o imóvel rural dado em hipoteca cedular é de propriedade do devedor, garantia que torna a impenhorabilidade relativa, consoante lição doutrinária e precedente desta Corte (REsp n. 79.215-RS, DJ de 30.9.1996).

Ao final, postulou a reforma do acórdão recorrido.

Sem contrarrazões (f. 154), o recurso foi admitido na origem como representativo de controvérsia (fls. 155-156), vindo-me conclusos para apreciação.

É o relatório.

Inicialmente observo que a questão discutida nos autos, embora passível de se verificar em múltiplos recursos, ainda não se encontra madura na 1ª Seção desta Corte, razão pela qual afasto a representatividade adotada na origem para normalmente julgar o recurso especial.

Em preliminar, observo que o acórdão recorrido foi expresso ao analisar a impossibilidade da penhora do bem imóvel dado em garantia da cédula de crédito rural, afirmando que a cobrança do crédito pela via da execução fiscal implica em renúncia à garantia cedular e que o bem imóvel, de fato, configura-se como bem de família, nos termos da Lei n. 8.009/1990.

Sem a omissão na apreciação de questão relevante inexiste violação ao art. 535 do CPC.

Antes de adentrar ao mérito, advirto que não se discutiu nos autos impenhorabilidade da pequena propriedade rural, imune à penhora, por força do art. No mérito, dispõe a Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, V e 4º, § 2º, que:

> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
>
> (...)
>
> V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
>
> Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.
>
> (...)

> § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Esta Corte analisou o tema em algumas decisões monocráticas, em sua maior parte proferidas pela 2ª Seção, especializada em Direito Público, entendendo que:

"É possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver prejuízo para a área residencial do imóvel também utilizado para o exercício de comércio." (REsp n. 1.018.102-MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 12.8.2010, DJe 23.8.2010). (REsp n. 1.102.353-SC, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 12.2.2012);

Ou ainda que "*Processual Civil. Execução. Embargos. Recurso especial. Prequestionamento insuficiente. Súmula n. 211-STJ. Bem de família. Único bem. Renúncia incabível. Proteção legal. Norma de ordem pública. Lei n. 8.009/1990*. I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*" - Súmula n. 211-STJ. II. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*." (REsp n. 805.713-DF Recurso Especial n. 2005/0210993-5; Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior; Quarta Turma; DJ 16.4.2007).

Em similar sentido: "Processo Civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Bem de família. Móveis. Oferta em penhora pelo devedor. Renúncia tácita à impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990. Inadmissibilidade. Ônus de sucumbência. Fundamento não atacado. - Não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990 o devedor qu e oferta em penhora o bem de família que possui. - Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar. - É inadmissível o recurso especial na parte em que restou deficientemente fundamentado. (REsp n. 526.460-RS Recurso Especial n. 2003/0028652-1 ministra Nancy Andrighi; Segunda Seção; DJ 18.10.2004).

E mais recentemente:

> Processual Civil. Recurso especial. Artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Julgamento do mérito da causa pelo Tribunal, caso tenha sido propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo. Possibilidade. Penhora de 50% de imóvel rural, cuja área total corresponde a 8,85 módulos fiscais. Viabilidade.
>
> 1. A interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.
>
> 2. À míngua de expressa disposição legal definindo o que seja pequena propriedade rural, no que tange à impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 5º, XXVI, da Constituição Federal, é adequado se valer do conceito de "propriedade familiar" extraído do Estatuto da Terra. Precedente do STF.
>
> 3. O módulo fiscal, por contemplar o conceito de "propriedade familiar" estabelecido pelo Estatuto da Terra como aquele suficiente à absorção de toda a força de trabalho do agricultor e de sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, atende também ao preceito da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, previsto no artigo 649, VIII, do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ.
>
> 4. Recurso especial parcialmente provido, apenas para resguardar da penhora a sede de moradia da família.
>
> (REsp n. 1.018.635-ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe 1º.2.2012)

Da análise destes precedentes e interpretando a Lei n. 8.009/1990 segundo o interesse social e as exigências do bem comum a que se destina (cf. art. 5º da LICC), entendo que razão assiste aos precedentes que vedam à penhora do bem imóvel dado em garantia que se destinem à moradia do devedor e de sua família, tendo em vista que, por se tratar de preceito de ordem pública, é insuscetível de derrogação por vontade das partes.

Contudo, tratando-se de imóvel rural como na espécie, deve-se aplicar o § 2º do art. 4º acima transcrito para legitimar a penhora da parte do imóvel que exceda ao necessário à moradia da família do devedor, que deverá ser discriminada no ato de penhora e avaliação.

Com essas considerações, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, *dou parcial provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para determinar a penhora do imóvel rural no percentual que exceda o necessário à moradia do devedor*, consoante prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/1990.

Publique-se. Intimem-se.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Inicialmente observo que a questão discutida nos autos, embora passível de se verificar em múltiplos recursos, ainda não se encontra madura na 1ª Seção desta Corte, razão pela qual afasto a representatividade adotada na origem para normalmente julgar o recurso especial.

Em preliminar, observo que o acórdão recorrido foi expresso ao analisar a impossibilidade da penhora do bem imóvel dado em garantia da cédula de crédito rural, afirmando que a cobrança do crédito pela via da execução fiscal implica em renúncia à garantia cedular e que o bem imóvel, de fato, configura-se como bem de família, nos termos da Lei n. 8.009/1990.

Sem a omissão na apreciação de questão relevante inexiste violação ao art. 535 do CPC.

Antes de adentrar ao mérito, advirto que não se discutiu nos autos impenhorabilidade da pequena propriedade rural, imune à penhora, por força do art. No mérito, dispõe a Lei n. 8.009/1990, arts. 3º, V e 4º, § 2º, que:

> Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
>
> (...)
>
> V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
>
> Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.
>
> (...)
>
> § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

Esta Corte analisou o tema em algumas decisões monocráticas, em sua maior parte proferidas pela 2ª Seção, especializada em Direito Público, entendendo que:

"É possível a penhora de parte do bem que não se caracteriza como bem de família quando, levando-se em conta as peculiaridades do caso, não houver

prejuízo para a área residencial do imóvel também utilizado para o exercício de comércio." (REsp n. 1.018.102-MG, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 12.8.2010, DJe 23.8.2010). (REsp n. 1.102.353-SC, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 12.2.2012);

Ou ainda que "*Processual Civil. Execução. Embargos. Recurso especial. Prequestionamento insuficiente. Súmula n. 211-STJ. Bem de família. Único bem. Renúncia incabível. Proteção legal. Norma de ordem pública. Lei n. 8.009/1990*. I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*" - Súmula n. 211-STJ. II. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis*." (REsp n. 805.713-DF Recurso Especial n. 2005/0210993-5; Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior; Quarta Turma; DJ 16.4.2007).

Em similar sentido: "Processo Civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Bem de família. Móveis. Oferta em penhora pelo devedor. Renúncia tácita à impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990. Inadmissibilidade. Ônus de sucumbência. Fundamento não atacado. - Não renuncia à impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990 o devedor qu e oferta em penhora o bem de família que possui. - Se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar. - É inadmissível o recurso especial na parte em que restou deficientemente fundamentado. (REsp n. 526.460-RS Recurso Especial n. 2003/0028652-1 ministra Nancy Andrighi; Segunda Seção; DJ 18.10.2004).

E mais recentemente:

> Processual Civil. Recurso especial. Artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Julgamento do mérito da causa pelo Tribunal, caso tenha sido propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo. Possibilidade. Penhora de 50% de imóvel rural, cuja área total corresponde a 8,85 módulos fiscais. Viabilidade.
>
> 1. A interpretação do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil deve ser feita de forma sistemática, tomando em consideração o artigo 330, I, do mesmo Diploma. Com efeito, o Tribunal, caso propiciado o contraditório e a ampla defesa, com regular e completa instrução do processo, deve julgar o mérito da causa, mesmo que para tanto seja necessária apreciação do acervo probatório.

> 2. À míngua de expressa disposição legal definindo o que seja pequena propriedade rural, no que tange à impenhorabilidade do bem de família, prevista no artigo 5º, XXVI, da Constituição Federal, é adequado se valer do conceito de "propriedade familiar" extraído do Estatuto da Terra. Precedente do STF.
>
> 3. O módulo fiscal, por contemplar o conceito de "propriedade familiar" estabelecido pelo Estatuto da Terra como aquele suficiente à absorção de toda a força de trabalho do agricultor e de sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, atende também ao preceito da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, previsto no artigo 649, VIII, do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ.
>
> 4. Recurso especial parcialmente provido, apenas para resguardar da penhora a sede de moradia da família.
>
> (REsp n. 1.018.635-ES, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.11.2011, DJe 1º.2.2012)

Da análise destes precedentes e interpretando a Lei n. 8.009/1990 segundo o interesse social e as exigências do bem comum a que se destina (cf. art. 5º da LICC), entendo que razão assiste aos precedentes que vedam à penhora do bem imóvel dado em garantia que se destinem à moradia do devedor e de sua família, tendo em vista que, por se tratar de preceito de ordem pública, é insuscetível de derrogação por vontade das partes.

Contudo, tratando-se de imóvel rural como na espécie, deve-se aplicar o § 2º do art. 4º acima transcrito para legitimar a penhora da parte do imóvel que exceda ao necessário à moradia da família do devedor, que deverá ser discriminada no ato de penhora e avaliação.

Com essas considerações, *dou parcial provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para determinar a penhora do imóvel rural no percentual que exceda o necessário à moradia do devedor*, consoante prescreve o art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/1990.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.293.721-PR (2011/0274931-1)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Luciano José dos Santos Guimarães

Advogado: Danielle Christianne da Rocha
Recorrido: Estado do Paraná
Procurador: Carolina Kummer Trevisan e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Exame físico. Impossibilidade médica. Força maior. Remarcação do teste. Efeito translativo do recurso ordinário. Agravo de instrumento. Possibilidade de extinção. Matéria de ordem pública. Impossibilidade jurídica do pedido não configurada. Retorno dos autos à origem para novo julgamento.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as instâncias ordinárias podem extinguir o processo sem resolução de mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado caso não detectada a tempo, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual.

2. Hipótese em que a pretensão originária objetiva a declaração do direito à remarcação de teste físico em certame para ingresso nos quadros da Polícia Militar do Estado do Paraná como Soldado, em razão de impedimento médico, ocasionado por acidente ocorrido 9 (nove) dias antes da data prevista em edital.

3. A tese de fundo, referente à possibilidade de remarcação do exame físico em concurso público por força maior, já foi objeto de apreciação nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal e, recentemente, tem-se firmado favoravelmente ao pleito, por não implicar em ofensa ao princípio da isonomia. Afasta-se, portanto, o fundamento da extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido.

4. Recurso especial parcialmente provido, para que o Tribunal de origem promova novo julgamento do agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A

Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 4 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 10.4.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recuso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fl. 171):

> *Agravo regimental. Decisão monocrática. Negativa de seguimento. Pretensão de submissão a segunda chamada. Ausência em fase de concurso público. Alegação de força maior. Revisão do edital vedando segunda chamada em qualquer hipótese e por qualquer motivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça de que o edital é a lei interna do concurso. Poder-dever da Administração exercido dentro dos preceitos normativos aplicados à espécie. Vedação que atende ao interesse público superveniente ao privado. É legítima a vedação porque não ofende nenhuma norma ou princípio de direito. Ao contrário trata os candidatos de maneira isonômica e se afigura como critério objetivo que afasta a incidência de subjetividades que ofenderiam a razoabilidade e impessoalidade que devem nortear os concursos públicos. Efeito translativo. Matéria de ordem pública. Pedido juridicamente impossível. Extinção da ação declaratória sem exame do mérito com o indeferimento da inicial. Recurso a que se nega provimento.*

O recorrente aponta violação dos arts. 267, 269 e 295 do CPC, sob o argumento de que não é possível em agravo de instrumento a apreciação do mérito da ação, com o respectivo indeferimento da inicial.

Sustenta que "o caso em debate não configura pedido juridicamente impossível, e por consequência não pode levar à inépcia, eis que o ordenamento jurídico vigente permite a anulação de ato administrativo, quando eivado de ilegalidade" (fl. 195).

Afirma que há divergência jurisprudencial sobre a possibilidade de realização de segundo exame físico de candidatos em casos de força maior, em respeito ao princípio da igualdade.

Com contrarrazões às fls. 232-235, o recurso especial foi admitido (fls. 232-235).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Inicialmente, afasto a suposta violação dos arts. 267, 269 e 295 do CPC, uma vez que a jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido do acórdão recorrido, sob o entendimento de que as instâncias ordinárias podem extinguir o processo sem resolução de mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado caso não detectada a tempo, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual.

Nesse sentido, trago precedentes:

> Processo Civil. Agravo interposto contra decisão que concedeu liminar em autos de ação civil pública. Alegada violação ao art. 512 do CPC. Afastada. Efeito translativo dos recursos ordinários. Aplicação dos princípios da economia processual e do processo de resultados. Apontada ofensa aos artigos 458, II, e 535, II, do CPC. Não ocorrência. Pedido de suspensão de exigência da cota de participação comunitária instituída pela Lei n. 3.504/1997 de Birigüi. Ministério Público. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Precedentes. Divergência jurisprudencial superada.
>
> Em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários, pode o Tribunal Estadual, ao julgar agravo interposto contra decisão concessiva de liminar, extinguir o processo sem julgamento do mérito, conhecendo de ofício da ilegitimidade da parte, por se tratar de matéria de ordem pública, suscetível de ser apreciada nas instâncias ordinárias. Tal regra privilegia, também, os princípios da economia processual e do processo de resultados.
>
> Não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida. Nesse eito, salientou a Corte *a quo* que "o juiz não está obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes nem todas as alegações que produzem" (fl. 188); que "é cediço que condição da ação é matéria de ordem pública, devendo ser examinada de ofício na instância ordinária" (fl. 188); que foi "sustentada pelo agravante a ilegitimidade ativa *ad causam* do agravado, ora embargante" (fl. 189); e que "embargos de declaração não servem para suscitar polêmica em torno dos fundamentos do acórdão, sob pena de infringi-lo" (fl. 189).
>
> A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder

a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a *res in iudicium deducta*.

Ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Birigüi, para obstar a cobrança da cota de participação comunitária instituída pela Lei Municipal n. 3.504/1997.

Ilegitimidade do Ministério Público Estadual para propor a ação civil pública, uma vez que, na hipótese em exame, não se trata de defesa de interesses coletivos ou difusos, transindividuais e indivisíveis, tampouco de direitos individuais indisponíveis e homogêneos, mas sim de direitos individuais, divisíveis e disponíveis de determinados contribuintes.

O contribuinte "não é consumidor, no sentido da lei, desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervém em qualquer relação de consumo" (REsp n. 57.645-PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 19.6.1995).

Divergência jurisprudencial superada.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 302.626-SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 15.4.2003, DJ 4.8.2003, p. 255)

Processo Civil. Recurso especial. Exceção de pré-executividade. Pedido de suspensão do processo indeferido. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, no qual se formula pedido de reforma para o fim de concessão do efeito suspensivo à exceção e de prosseguimento do processo. Aplicação, pelo tribunal, do efeito translativo dos recursos, com a extinção direta da ação de execução no julgamento do agravo de instrumento, independentemente de pedido. Possibilidade. Precedente. Julgamento por maioria. Desnecessidade de interposição de embargos infringentes.

- A Corte Especial do STJ estabeleceu o cabimento da interposição de embargos infringentes em acórdãos proferidos no julgamento de agravo de instrumento, inclusive nas hipóteses de julgamento que rejeita exceção de pré-executividade, contanto que tais acórdãos tenham decidido o mérito da controvérsia (EREsp n. 276.107-GO).

- No processo sob julgamento, em que pese o fundamento principal que orientou o TJ-PR para extinguir a execução tenha sido o de que não haveria mora do devedor, o dispositivo legal em que o TJ-PR sustentou sua decisão é o do art. 267, § 3º, do CPC. A decisão, portanto, não pode ser considerada de mérito, para fins de definição do recurso cabível. A hipótese se diferencia do precedente da Corte Especial e não é de se exigir a interposição prévia de embargos infringentes.

- É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente

de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, § 3º, do CPC. Precedente.

- Não é possível, em sede de recurso especial, promover a revisão da matéria fática decidida. Súmula n. 7-STJ.

Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 736.966-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14.4.2009, DJe 6.5.2009)

Processual Civil e Tributário. ICMS. Energia e comunicação. Consumidores. Legitimidade. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício.

1. A Associação impetrante representa inúmeros hospitais no Estado do Rio de Janeiro que, para o exercício de suas atividades, consomem serviços de energia e comunicação.

2. Os contribuintes do ICMS incidente sobre essas operações com energia e comunicação são as respectivas concessionárias, que destacam o valor do imposto na emissão da nota fiscal. As empresas consumidoras desses serviços não participam da relação jurídica-tributária e, portanto, não detêm legitimidade para questionar a obrigação de recolher o ICMS na espécie nem para postular eventuais créditos existentes, embora eventualmente possam suportar os reflexos econômicos da tributação. Precedentes.

3. Em face do efeito translativo dos recursos ordinários e do princípio da economia processual, deve o órgão julgador, de ofício, extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade de parte, por se tratar de matéria de ordem pública, capaz de gerar a rescindibilidade do julgado. Precedentes.

4. O processo deve ser extinto sem resolução de mérito quando "não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual", nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. A legitimidade figura na Teoria Geral do Processo como uma das condições da ação, sem o que o autor é carecedor do direito de ação, acarretando a extinção do processo.

5. À exceção do compromisso arbitral, "o juiz conhecerá de ofício" da carência de ação, consoante determina o art. 301, § 4º, do CPC.

Não há dúvida, portanto, de que a legitimidade de parte é daquelas matérias que o juiz deve conhecer de ofício.

6. O STJ, ao examinar recurso em mandado de segurança, atua como instância ordinária e realiza ampla cognição, cabendo-lhe rever fatos e provas e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

7. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito. Prejudicado o recurso ordinário.

(RMS n. 23.571-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 6.11.2007, DJ 21.11.2007, p. 321)

Superado esse ponto, resta verificar se a hipótese dos autos, conforme concluiu o Tribunal *a quo*, encerra-se em pedido juridicamente impossível.

Em detida análise dos autos, observo que a pretensão originária objetiva a declaração do direito à remarcação de teste físico em certame para ingresso nos quadros da Polícia Militar do Estado do Paraná como Soldado, em razão de impedimento médico, ocasionado por acidente ocorrido 9 (nove) dias antes da data prevista em edital.

A tese de fundo, referente à possibilidade de remarcação do exame físico em concurso público por força maior, já foi objeto de apreciação nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal e, recentemente, tem-se firmado favoravelmente ao pleito, por não implicar em ofensa ao princípio da isonomia.

A título exemplificativo, trago ementas de alguns desses julgados:

Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Prova física. Remarcação. Possibilidade. Ofensa ao princípio da isonomia. Inocorrência. Precedentes. Agravo improvido.

I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior.

II - Agravo regimental improvido. (AI n. 825.545 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 13.4.2011, DJe-084 Divulg 5.5.2011 Public 6.5.2011 Ement Vol-02516-03 PP-00623)

Ementa: *Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Candidata submetida a teste de aptidão física onze dias após o parto. Possibilidade de remarcação do exame. Princípio da isonomia. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento*. (RE n. 598.759 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 27.10.2009, DJe-223 Divulg 26.11.2009 Public 27.11.2009 Ement Vol-02384-06 PP-01145)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Polícia Militar. Exame médico. Candidata gestante. Remarcação. Possibilidade. Princípio da isonomia. Precedente STF.

1. Apesar de o entendimento desta Corte Superior - no sentido de garantir um tratamento diferenciado às gestantes - não alcançar os concursos cujos editais expressamente disponham sobre sua eliminação pela não participação em alguma fase, a gravidez não pode ser motivo para fundamentar nenhum ato

administrativo contrário ao interesse da gestante, muito menos para impor-lhe qualquer prejuízo, tendo em conta a proteção conferida pela Carta Constitucional à maternidade (art. 6º, CF).

2. A solução da presente controvérsia deve se dar à luz da compreensão adotada pelo Pretório Excelso em casos análogos ao presente, envolvendo candidata gestante, em que se admite a possibilidade de remarcação de data para avaliação, excepcionalmente para atender o princípio da isonomia, em face da peculiaridade (diferença) em que se encontra o candidato impossibilitado de realizar o exame, justamente por não se encontrar em igualdade de condições com os demais concorrentes.

3. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que não implica em ofensa ao princípio da isonomia a possibilidade de remarcação da data de teste físico, tendo em vista motivo de força maior (AgRg no AI n. 825.545-PE).

4. Recurso em mandado de segurança provido.

(RMS n. 28.400-BA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19.2.2013, DJe 27.2.2013)

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Concurso público. Teste de aptidão física. Fato de força maior. Reconhecimento pelo Tribunal de origem. Nova data. Fixação. Arts. 9º, VI, da Lei n. 4.878/1965, 8º, IV, do Decreto-Lei n. 2.320/1987 e 3º da Lei n. 8.666/1993. Prequestionamento. Ausência. Princípio da isonomia. Matéria constitucional. Agravo não provido.

1. Para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca dos arts. 9º, VI, da Lei n. 4.878/1965, 8º, IV, do Decreto-Lei n. 2.320/1987 e 3º da Lei n. 8.666/1993. Incidência das Súmulas n. 282-STF e n. 211-STJ.

2. Em nenhum momento a Turma Julgadora eximiu a impetrante de se submeter ao teste físico previsto como fase do concurso público, limitando-se a autorizá-la a realizar a fase de avaliação física em momento posterior, quando já em condições físicas para suportar o esforço exigido.

3. A questão envolvendo a suposta quebra de isonomia entre a agravada e os demais candidatos refoge aos limites do recurso especial, uma vez que se trata de matéria de índole constitucional.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.197.922-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 15.8.2011)

Ora, ainda que se reconheça que as circunstâncias fáticas dos precedentes citados não sejam absolutamente idênticas ao processo originário – pois em

alguns casos deferiu-se a remarcação em razão de gravidez da candidata –, é inegável que a tese, quanto à possibilidade de remarcação do exame físico em concurso público, por se tratar de revisão de ato administrativo, seja por ilegalidade ou violação do princípio da razoabilidade, pode ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, não podendo ser considerado como pedido juridicamente impossível.

Ressalto que não estou fazendo juízo de valor quanto ao caso concreto, se o ato de indeferimento da remarcação foi ou não ilegal, mas entendo que o acórdão recorrido merece reparos na parte que concluiu pela impossibilidade jurídica do pedido.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar a extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, devendo o Tribunal de origem proferir novo julgamento em agravo de instrumento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.300.442-SC (2012/0002618-1)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Departamento Estadual de Infra-Estrutura DEINFRA
Advogado: Rogers Carlos Martins e outro(s)
Recorrido: Itair Aquilino Romani e outros
Advogado: Jair Dal Ri e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Desapropriação indireta. Prazo prescricional. Ação de natureza real. Usucapião extraordinário. Súmula n. 119-STJ. Prescrição vintenária. Código Civil de 2002. Art. 1.238, parágrafo único. Prescrição decenal. Redução do prazo. Art. 2.028 do CC/2002. Regra de transição. Honorários advocatícios. Art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941.

1. A ação de desapropriação indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.

2. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos" (Súmula n. 119-STJ).

3. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 anos (art. 1.238, parágrafo único), na hipótese de realização de obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel, devendo-se, a partir de então, observadas as regras de transição previstas no *Codex* (art. 2.028), adotá-lo nas expropriatórias indiretas.

4. Especificamente no caso dos autos, considerando que o lustro prescricional foi interrompido em 13.5.1994, com a publicação do Decreto expropriatório, e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário previsto no Código revogado, consoante a disposição do art. 2.028 do CC/2002, incide o prazo decenal a partir da entrada em vigor do novel Código Civil (11.1.2003).

5. Assim, levando-se em conta que a ação foi proposta em dezembro de 2008, antes do transcurso dos 10 (dez) anos da vigência do atual Código, não se configurou a prescrição.

6. Os limites percentuais estabelecidos no art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941, relativos aos honorários advocatícios, aplicam-se às desapropriações indiretas. Precedentes do STJ.

7. Verba honorária minorada para 5% do valor da condenação.

8. Recurso Especial parcialmente provido, apenas para redução dos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell

Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 26.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição da República contra acórdão assim ementado (fl. 201, e-STJ):

> Apelações civeis. Ação desapropriatória indireta. Alegada ocorrência de prescrição vintenária. Improcedência. Publicaçào do decreto expropriatório ulterior à data do apossamento administrativo. Suscitação de prazo prescricional trienal que também improcede. Honorários advocatícios. Reverência aos critérios estabelecidos no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Manutenção que se impõe. Juros compensatórios incidentes a partir da data do efetivo apossamento do imóvel pelo Poder Público. Recurso dos autores provido e do réu desprovido.
>
> 1. "Mesmo que editado em data posterior ao indevido apossamento, o decreto expropriatório emanado do Poder Público, ou qualquer outro ato normativo que declare o interesse do ente expropriante, implica o reconhecimento da titularidade do domínio ao proprietário e tem o condão de interromper o prazo prescricional" (AC n. 2006.034966-3, de Descanso, rel. Des. Rui Fortes, j. em 6.10.2009). Assim, se da data da publicação do Decreto expropriatório (13.5.1994) até a data de vigência do Código Civil de 2002 (11.1.2003), não transcorreu mais da metade do prazo prescricional vintenário, aplica-se o prazo normado pelo art. 1.238 do atual Código Civil (de 15 anos).
>
> II. Os juros compensatórios incidem a partir da data da efetiva ocupação do imóvel, a teor das Súmulas n. 69, n. 113 e n. 114 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> III. Vencida a Fazenda Pública, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve situar-se no patamar de 10% (dez por cento) do valor da condenação.

O recorrente aponta ofensa ao art. 206, § 3º, V, do Código Civil e, subsidiariamente, ao art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941. Sustenta, em suma, que se aplica ao caso dos autos o prazo de prescrição trienal. Aduz, outrossim,

que a verba honorária deve ser reduzida para 5% do valor da condenação, em atenção ao art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941.

Contrarrazões às fls. 236-239, e-STJ.

O MPF opina pelo não provimento do recurso.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Discute-se a aplicação do prazo prescricional trienal à desapropriação indireta e a incidência dos limites previstos no art. 27 do DL n. 3.365/1941 sobre verba honorária.

O Tribunal de origem consignou (fls. 203-206, e-STJ):

> 1. Da prescrição
>
> De acordo com entendimento jurisprudencial correntio na ambiência desta Corte, a publicação de decreto expropriatório após o apossamento administrativo pelo Poder Público, tipifica-se como causa interruptiva do prazo prescricional.
>
> (...)
>
> Evidente, então, que não se materializou a prescrição vintenária, pois, no caso emoldurado, o marco *a quo* do prazo prescricional ocorreu no dia 13.5.1994, data da publicação do Decreto n. 4.47/194 (fls. 20 e 21), que declarou de utilidade pública parte do imóvel dos apelados.
>
> O ente autárquico advoga ainda a aplicabilidade do disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de reparação civil. Veja-se:
>
> Art. 206. Prescreve:
>
> [...]
>
> §3º. Em três anos:
>
> [...]
>
> V - a pretensão de reparação civil.
>
> Entende o apelante que, como o marco inicial da prescrição ocorreu com a publicação do Decreto n. 4.471/1994 e o atual Código Civil começou a viger em 2003, deve ser aplicada a regra de transição do art. 2.028 deste mesmo Diploma, que considera aplicáveis os prazos do CC/2002 se, na data de sua entrada em vigor, houvesse transcorrido menos da metade do tempo estabelecido no Códice revogado.

> Contudo, à luz do Enunciado Sumular n. 119 do Superior Tribunal de Justiça tem-se que "a ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos".
>
> (...)
>
> Assim, observada a regra de transição insculpida no já invocado art. 2.028 do Código Civil, a prescrição será vintenária se o lapso temporal atinente houver transcorrido, em montante superior à metade, por ocasião da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11.1.2003). O prazo prescricional será, porém, de 15 (quinze) anos, a contar da vigência do novo Código Civil, se, a partir de então, tal interregno for inferior a sua metade, o que ocorre *in casu*.
>
> É que, como visto, da data da publicação do decreto expropriatório (13.5.1994) até a data de vigência do Código Civil de 2002 (11.1.2003), não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional vintenário (aproximadamente 9 anos).
>
> Logo, incidirá, na espécie, o prazo prescricional inserto no art. 1.238 do atual Código Civil (de 15 anos), e tendo a *actio* sido aforada em dezembro de 2008, desvela-se clara a inocorrência da prescrição.
>
> Logo, não há de prosperar o apelo do ente autárquico.
>
> II. Dos honorários advocatícios
>
> Encontra-se pacificado o entendimento, nesta Corte de Justiça, de que, quando vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados de maneira equânime, não devendo extrapassar a 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Conforme relatado, entende o DEINFRA que o caso dos autos se subsume à previsão do art. 206, § 3º, V, do CC/2002, que dispõe sobre a reparação civil, razão pela qual a pretensão dos recorridos estaria fulminada pela prescrição.

Com efeito, na vigência do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que "a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos" (Súmula n. 119-STJ).

Para adotar tal entendimento, este Sodalício observou o prazo então previsto no art. 550 do CC/1916, relativo ao usucapião extraordinário:

> Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu, um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título de boa fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.

Partiu-se da premissa de que a ação expropriatória indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por

usucapião, subsistiria a pretensão de reivindicar o correspondente preço do bem objeto do apossamento administrativo.

As razões para a fixação do prazo prescricional no tocante à ação de desapropriação indireta permanecem válidas. O Código Civil de 2002, contudo, reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, *caput*) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo:

> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Dessa forma, considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social, com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatória indiretas passou a ser de 10 (dez anos).

Especificamente na hipótese dos autos, levando-se em conta que o lustro prescricional foi interrompido em 13.5.1994, com a publicação do Decreto expropriatório (fl. 205-206, e-STJ), e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário do Código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002, incide o prazo decenal do atual *Codex*, a partir de sua entrada em vigor (11.1.2003).

Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em dezembro de 2008, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novel Código Civil, não se configurou a prescrição.

Nesse sentido:

> Recurso especial. Desapropriação indireta. Omissões e contradições não verificadas no acórdão recorrido. Prescrição vintenária. Ação de natureza real. Súmula n. 119-STJ. Decreto n. 20.910/1932 e redução do prazo no atual Código Civil. Aplicação do Código Civil de 1916. Regra de transição. Honorários advocatícios. Percentual. Sucumbência recíproca e compensação. Prequestionamento.

1. Estando claro no acórdão recorrido que os juros compensatórios e os lucros cessantes, inacumuláveis, não se confundem, tem-se que aqueles, mais amplos que estes, não ficam prejudicados pela ausência de comprovação, no caso concreto, "de que o terreno em questão garantia alguma renda à autora" na atualidade. Inexiste contradição, portanto, nesse ponto.

2. Quanto ao exame da "prescrição sob o enfoque do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, combinado com o parágrafo único do art. 10 da Lei n. 3.365/1941, este acrescido pelo art. 1º da MP n. 2.138-56/2001, todos em conjunto com o art. 269, IV, do CPC; assim como do art. 1.238 do CC/2002, combinado com o art. 269, IV do CPC", inexiste omissão, pois o Tribunal de origem aplicou a Súmula n. 119-STJ, a qual é resultante da interpretação dos dispositivos pertinentes à matéria, e, ainda, acórdão proferido já na vigência do atual Código Civil.

3. Descaracterizada, igualmente, omissão sobre o tema "da compensação dos honorários advocatícios com base no art. 21 do CPC, combinado com o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941", considerando-se que o Tribunal de origem não precisaria, mesmo, enfrentar questão não trazida oportunamente nos recursos próprios.

No caso em debate, (i) a sentença não examinou a obrigatoriedade de compensação dos honorários, tendo, tão somente, condenado o réu, Estado do Piauí, na importância equivalente a 3% (três por cento) "sobre o valor da indenização, uma vez que não houve qualquer oferta oficial"; (ii) a apelação do Estado do Piauí não teceu qualquer consideração sobre os honorários e o apelo da autora, Construtora Poty Ltda., postulou, simplesmente, a majoração da referida verba; (iii) as contrarrazões apresentadas pelo Estado do Piauí ao recurso da autora, as quais não possuem efeito de apelação, não poderiam inovar, invocando a "sucumbência recíproca" na forma do art. 21 do Código de Processo Civil para efeito de impor compensação.

4. A jurisprudência desta Corte é pacífica em considerar que o prazo prescricional, para a ação de desapropriação indireta, de natureza real, é de 20 (vinte) anos (prazo da prescrição aquisitiva previsto Código Civil de 1916), orientação essa consolidada na antiga Súmula n. 119, publicada pela Primeira Seção em 8.11.1994.

5. No tocante ao art. 1.238 do Código Civil em vigor, que reduziu o prazo do art. 550 do Código Civil de 1916, não se aplica ao caso em debate, considerando o disposto no art. 2.028 do Código Civil em vigor, segundo o qual "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. No caso concreto, o ato de apossamento por parte do Estado se deu em 1988 e o Código Civil de 2002 entrou em vigor em 11.1.2003, verificando-se ai um interregno superior a 10 (dez) anos, ou seja, mais da metade do prazo de 20 (vinte) anos previsto para a prescrição aquisitiva prevista no Código Civil

de 1916. Aplicável, portanto, o prazo antigo, previsto na Súmula n. 119-STJ, o que afasta a prescrição, considerando que a ação foi proposta em 11.9.2003.

6. O percentual arbitrado a título de verba honorária, mais alto (5% - no acórdão) ou mais baixo (3% - na sentença), não tem nenhuma relação ou influência dos institutos da sucumbência recíproca e da compensação, essa nem mesmo imposta em primeiro ou em segundo graus.

Na compensação, ressalte-se, apura-se o que cada parte ganhou e perdeu para fixar o valor dos honorários advocatícios dos respectivos advogados na proporção da vitória obtida por cada um. Em seguida, para concluir a compensação, subtrai-se do maior valor o menor. Terá direito a essa diferença a parte que tiver vencido a maior parte da demanda.

7. Quanto à pretendida redução dos honorários "a zero", descabe ser postulada e deferida nesta instância especial porque: (i) a apelação do Estado do Piauí não abordou o tema da verba honorária; (ii) as contrarrazões apresentas pelo ente público à apelação da autora não cuidaram da "alíquota zero" nem poderiam inovar por não ser recurso; (iii) o acórdão da apelação se limitou a aumentar os honorários para 5% - tema exclusivo da apelação da autora; (iv) os embargos de declaração do Estado inovaram ao fazer "breve" menção aos "honorários zero", pois ninguém apelou a esse respeito; (v) o Tribunal de origem rejeitou, corretamente, os embargos, tendo em vista que se limitou a decidir as questões postas nas apelações. Com isso, a pretendida alíquota zero carece do indispensável prequestionamento, reiterando que esse tema não precisaria mesmo ser enfrentado por não constar das apelações.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp n. 944.351-PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15.4.2013).

Logo, a irresignação do recorrente, nesse ponto, não merece prosperar.

No que concerne aos honorários advocatícios, verifico que a Corte *a quo* manteve a condenação do DEINFRA ao pagamento de 10% sobre o valor da condenação.

O *decisum* recorrido, todavia, viola o art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941, que prevê a fixação da verba honorária entre 0,5% e 5%. Confiram-se:

Administrativo. Desapropriação indireta. Honorários advocatícios. Majoração da verba.

1. Em ação ordinária por desapropriação indireta a fixação de honorários advocatícios deve observar o disposto no art. 20, § 3º e 4º combinado com o art. 27, § 1º, do DL n. 3.365/1941, quanto aos limites da verba honorária.

2. Considerando a situação especial, em que o valor arbitrado ficaria em patamar inferior ao mínimo legal (0,5%), bem como a dedicação do patrono da

causa por mais de uma década, mostra-se razoável a majoração dessa verba para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.210.156-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23.4.2012).

Administrativo e Processual Civil. Desapropriação indireta. Artigo 535, II, do CPC. Alegada violação. Não ocorrência. Indenização dos terrenos reservados. Impossibilidade. Aplicação da Súmula n. 479-STF. Juros moratórios. Incidência. Termo *a quo*. Representativo da controvérsia. Honorários advocatícios.

1. No tocante à alegada violação do disposto no artigo 535, II, do CPC, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte.

2. Sobre o mérito da demanda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha adotando posicionamento pelo afastamento da Súmula n. 479-STF em hipóteses que era possível identificar algum título legítimo pertencente ao domínio particular. Concluía-se que os terrenos marginais presumiam-se de domínio público, podendo, excepcionalmente, integrar o domínio de particulares, desde que objeto de concessão legítima, expressamente emanada da autoridade competente.

3. Hodiernamente, a Segunda Turma, por ocasião do julgamento do REsp n. 508.377-MS, em sessão realizada em 23.10.2007, sob a relatoria do eminente Ministro João Otávio de Noronha e voto-vista do Ministro Herman Benjamin, reviu o seu posicionamento para firmar-se na linha de que a Constituição Federal aboliu expressamente a dominialidade privada dos cursos de água, terrenos reservados e terrenos marginais, ao tratar do assunto em seu art. 20, inciso III (Art. 20: São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;). Desse modo, a interpretação a ser conferida ao art. 11, *caput*, do Código de Águas ("ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular"), que, teoricamente, coaduna-se com o sistema constitucional vigente e com a Lei das Águas (Lei n. 9.433/1997), é a de que, no que tange a rios federais e estaduais, o título legítimo em favor do particular que afastaria o domínio pleno da União seria somente o decorrente de enfiteuse ou concessão, este último de natureza pessoal, e não real. Ou seja, admissível a indenização advinda de eventuais benefícios econômicos que o particular retiraria da sua contratação com o Poder Público.

4. Na espécie, o acórdão recorrido consignou expressamente que a servidão administrativa nas faixas marginais das águas públicas não retiraria a propriedade do particular, coibindo somente as construções deste que impeçam o transito das autoridades para a fiscalização dos rios e lagos. Assim, concluiu, se realizadas obras ou serviços públicos nestas áreas que impeçam sua utilização pelos particulares, impõe-se a desapropriação.

5. Quanto aos juros moratórios, a questão já não encontra mais controvérsia nesta Corte, desde o julgamento do EREsp n. 615.018-RS, da relatoria do Eminente Ministro Castro Meira, ocasião em que a 1ª Seção decidiu pela aplicabilidade da norma constante do art. 15-B do DL n. 3.365/1941, que determina a incidência dos juros de mora somente a partir de 1º de janeiro do exercício financeiro seguinte àquele em que o pagamento deveria ser efetuado, às desapropriações em curso no momento em que editada a MP n. 1.577/1997.

6. Quanto aos honorários advocatícios, o limite máximo de 5% em desapropriações aplica-se às sentenças proferidas após a publicação da MP n. 1.997-37/2000 (em 12 de abril de 2000), que deu nova redação ao art. 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Tal restrição incide no caso destes autos, porque a sentença foi proferida em data posterior à 2000, razão pela qual limito os honorários em 5% sobre o valor da desapropriação.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

(REsp n. 1.152.028-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.3.2011).

Assim, o aresto deve ser reformado, para, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC c.c. o art. 27, §§ 1º e 3º, do DL n. 3.365/1941, reduzir os honorários a 5% sobre o valor da condenação, conforme pleiteado na insurgência do recorrente.

Com essas considerações, *dou parcial provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.329.901-RS (2012/0127282-9)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: Clínica Radiológica José Alberto Schuch e Filho Ltda.
Advogado: Guilherme Ricardo Roedel Sperb

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Interrupção da prescrição para a ação de repetição de indébito por medida cautelar de protesto judicial do art. 867, do CPC. Possibilidade. Arts. 108, 165, *caput*, e 173, parágrafo único II, do CTN. Marco interruptivo do art. 219, § 1º, do CPC. Impossibilidade de aplicação dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 118/2005 às ações cautelares de protesto judicial ajuizadas em e antes de 8.6.2005.

1. O Código Tributário Nacional, se não prevê expressamente a ação cautelar de protesto para o contribuinte, parte do pressuposto de sua existência e possibilidade, ao disciplinar no seu *art. 165, caput*, que tanto o pedido administrativo de repetição de indébito quanto a ação para a repetição de indébito independem de prévio protesto.

2. O fato de o art. 165, do CTN mencionar *o protesto* significa que ele *é uma faculdade posta ao contribuinte*, que a Fazenda Pública não pode exigir o protesto como condição da repetição. Em resgate histórico, observo que a inserção do dispositivo no CTN, inclusive, foi feita em razão de existir anteriormente a sua vigência interpretação fazendária no sentido de que o protesto judicial do contribuinte (na época feito na forma do art. 720, do CPC/1939 - Decreto-Lei n. 1.608/1939) era obrigatório para ressalvar seus direitos quando do pagamento que entendeu indevido (cf. Aliomar Baleeiro *in* "Direito Tributário Brasileiro", 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2000, p. 877).

3. Quanto à força interruptiva da prescrição pelo protesto feito pelo contribuinte, aplica-se, por *analogia* permitida pelo art. 108, I, do CTN, o disposto no art. 174, parágrafo único, II, que *admite o protesto judicial como forma de interromper a prescrição* para a cobrança do crédito tributário.

4. Em se tratando o CTN de norma geral, o seu complemento se dá com a identificação precisa do marco interruptivo da prescrição que

é feito por norma específica e conformadora dos direitos processuais, qual seja o art. 219, § 1º, do CPC e os dispositivos pertinentes que regulam a ação cautelar de protesto (arts. 867 a 873, do CPC), como toda e qualquer ação judicial.

5. Com relação à vigência dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 118/2002, a interpretação do RE n. 566.621-RS, julgado em repercussão geral pelo STF, e do recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.269.570-MG, proveniente deste STJ, leva à conclusão que *o ajuizamento da ação de protesto em e antes de 8.6.2005 dá a todas as parcelas referentes aos dez anos anteriores à interrupção da prescrição (tese dos 5+5 então vigente) o tratamento de parcela única fazendo um só o termo inicial do prazo prescricional para a repetição de indébito desse conjunto de parcelas, termo que é fixado na data do ajuizamento da ação de protesto*.

6. Caso concreto em que o ajuizamento da ação de protesto judicial pelo contribuinte se deu em 8.6.2005 (um dia antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005). Sendo assim, houve a interrupção da prescrição de todas as parcelas dos dez anos antecedentes (*tese dos 5+5 então vigente*), de modo a resguardar todos os pagamentos efetuados a partir de 8.6.1995. Desta forma, a subsequente ação de repetição de indébito ajuizada no dia seguinte em 9.6.2005 poderia abarcar todas as parcelas referentes aos créditos tributários extintos nos últimos 5 (cinco) anos, *incluindo-se aí todas as parcelas referentes à mencionada ação cautelar de protesto judicial cuja citação se deu dentro desses mesmos 5 (cinco) anos.*

7. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 29.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão de e-STJ fls. 854-868, integrado pelos embargos de declaração de e-STJ fls. 877-883, que não reconheceu a fluência do prazo prescricional quinquenal, na forma do art. 168, I e II, do CTN, com a redação dada pela LC n. 118/2005, pois entendeu que, como a presente ação foi ajuizada em 18.12.2009 e a parte interpôs protesto judicial, consoante art. 202, II, do CC e arts. 867, 871 e 872 do CPC, na data de 8.6.2005, encontram-se prescritas somente as parcelas anteriores a junho de 1995, limitado, porém, a outubro de 1997 em face do pedido.

Alega a recorrente que houve violação ao art. 168, I e II, do CTN, aos arts. 3º e 4º, da LC n. 118/2005, e aos arts. 202, 867, 871 e 872, do CPC. Afirmou também que a "medida cautelar de protesto" prevista nos artigos 867 a 872, do CPC e art. 202, II, do CC/2002, não tem aplicação no âmbito tributário em razão do disposto no art. 146, III, **b**, da CF/1988. Entende que o art. 174, II, do CTN somente versa sobre a cobrança do crédito tributário e não abarca a repetição de indébito tributário, não havendo que se falar em interpretação extensiva ou analógica em função do princípio da isonomia. Insiste em que os julgados proferidos pelo STF no RE n. 566.621-RS e pelo STJ no REsp n. 1.269.570-MG não abarcam os procedimentos cautelares como a cautelar de protesto, não servindo para garantir-lhes o prazo decenal (5+5) se ajuizadas antes de 9.6.2005 - data da vigência da LC n. 118/2005 (e-STJ fls. 885-893).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 896-905. Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 906-907). É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Devidamente prequestionados os dispositivos legais invocados, conheço do recurso especial. Analiso os temas em separado.

Do cabimento da ação de protesto judicial.

Examino inicialmente o cabimento da ação de protesto judicial pelo contribuinte como forma de interrupção da prescrição para o ajuizamento de ação de repetição de indébito tributário.

Em pesquisa feita na jurisprudência da Casa não encontrei qualquer precedente do STJ que tratasse diretamente da possibilidade de ajuizar medida cautelar de protesto para promover a interrupção do prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário prevista no art. 168, do CTN. O que encontrei foram múltiplos precedentes que dizem respeito ao protesto para posterior ajuizamento de ação visando o ressarcimento de crédito presumido ou premial no âmbito da sistemática não-cumulativa do IPI. A saber:

> *Precedentes da 1ª Turma.*
>
> Tributário e Processual Civil. *IPI. Crédito-prêmio*. Prescrição qüinqüenal. Aplicação. Correção cambial. Ilegalidade. Juros moratórios. Termo inicial. Honorários. Elevação. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.
>
> - Conforme expressa disposição contida no artigo 174 do CTN *o protesto judicial é causa interruptiva da prescrição*, sendo alcançadas as parcelas relativas ao qüinqüênio anterior ã sua interposição.
>
> - O crédito em moeda estrangeira deve ser convertido pela taxa de câmbio vigente na data era que o creditamento se tornaria legítimo, incidindo, a partir dai, correção monetária com base nos índices legais que aferem a desvalorização da moeda nacional.
>
> - Os juros moratórios têm por *dies a quo* de incidência o trânsito em julgado da decisão judicial proferida na ação de repetição do indébito.
>
> - A alteração da verba honorária reclama o reexame das circunstâncias da causa, por ser a única forma de aquilatar o empenho do causídico e o grau de dificuldade da matéria controvertida nos autos, o que imporia, em última análise, a necessária reapreciação do acervo fático-probatório carreado ao processo.
>
> - Impossibilidade face ao conteúdo da Súmula n. 7 do STJ.
>
> - Recurso improvido. Decisão unânime (REsp n. 40.365-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 7.11.1994).
>
> Idênticos: REsp n. 47.206-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 21.11.1994.
>
> Tributário. *Ressarcimento de valores fiscais. Decreto-Lei n. 491/1968*. Correção monetária. Prescrição.

O Código Tributário Nacional elege o ***protesto judicial como causa interruptiva do prazo prescricional***, para que a Fazenda Pública proponha a ação de cobrança de crédito tributário (art. 174, parágrafo único, inciso II). Face ao principio da igualdade das partes, no processo (isonomia processual), ***idêntico tratamento deve ser dispensado ao contribuinte nas ações em que postula a repetição do indébito***.

A jurisprudência que se consolidou no STJ é no sentido de que, no caso, a taxa de câmbio só deverá ser usada para converter o *quantum debeatur* na data em que o creditamento se tornaria legitimo, se inexistentes os atos normativos (Portarias) que o impediram.

A decisão definitiva, para efeito de fixação do termo inicial da incidência dos juros, é aquela proferida em processo judicial, desde que o CTN não instituiu procedimento administrativo para efeito de repetição do indébito. Acaso, todavia, venha a ser a restituição do indébito deferida administrativamente (oque é improvável) caberá à autoridade administrativa, em sua decisão, estabelecer o marco inicial da incidência dos juros moratórios.

Em sede de especial é vedado alterar a percentualização da verba honorária, porquanto essa providência conduziria a Corte extraordinária a rever os critérios eleitos pelo Tribunal *a quo*, estribando-se em parâmetros e informações coligidas no curso da lide, o que redundaria no reexame do acervo fático inserido no processo.

Recurso parcialmente provido, Decisão indiscrepante (REsp n. 82.553-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 29.4.1996).

Idênticos: REsp n. 52.281-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 3.3.1997.

Exportação. Incentivo fiscal. *Ressarcimento*. Prescrição.

A Lei consigna da causa interruptiva da prescrição o "protesto judicial" (CTN, art. 174, parágrafo único, inciso II), que ***se deve aplicar pelo principio da isonomia processual nas ações de repetição do indébito. Tratando-se de ação judicial, em tudo semelhante a repetição***, deve-se aplicar o dispositivo de lei que disciplina a matéria - art. 167 do CTN - entendendo-se de decisão definitiva a proferida por órgão jurisdicional. Recurso conhecido nas improvido (REsp n. 46.087-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ acórdão Min. Garcia Vieira, julgado em 15.6.1994).

Tributário. *IPI credito-prêmio* prescrição protesto. Interrupção.

1- Em se tratando de ***repetição de indébito relativa ao crédito-prêmio do IPI***, tendo havido *protesto com o fim de interromper a prescrição*, é a partir da data da interposição do protesto que a mesma produz efeitos.

2- Jurisprudência uniforme da Turma no sentido acima exposto.

3- Recurso provido (REsp n. 71.630-DF, Primeira Turma, julgado em 17.10.1996).

Processual Civil e Tributário. Divergência não configurada. *Credito prêmio do IPI*. Prescrição. Correção monetária. Honorários. Juros moratórios.

É imprescindível para a caracterizarão do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Dissídio pretoriano envolvendo decisões do extinto Tribunal Federal de Recursos e dos aluais Tribunais Regionais Federais ensejam seguimento a recurso especial.

Prescrição interrompida pelo protesto judicial.

É impossível reapreciar, via recurso especial, sob pena de revolver matéria fática, o *quantum* fixado nas instâncias ordinárias, como verba honorária, desde que, para a sua estipulação, tenham sido obedecidos os limites objetivos impostos pela legislação regente (Súmula n. 389-STF).

Correção monetária incidente, nos termos do Verbete n. 46 da Súmula do TFR.

Os juros moratórios decorrentes do crédito prêmio do IPI são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, com a ressalva do entendimento do Relator que os fixava a partir da citação.

Recurso improvido (REsp n. 48.572-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 1º.6.1994).

Idênticos: REsp n. 52.607-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5.9.1994.

Tributário. *Crédito prêmio de IPI*. Prescrição. Correção monetária, juros moratórios.

O protesto judicial interrompe a prescrição.

Correção monetária incidente, nos termos do Verbete n. 46 da Súmula do TFR.

Os juros moratórios decorrentes do crédito prêmio do IPI são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, com a ressalva do entendimento do Relator que os fixava a partir da citação.

Recurso parcialmente provido (REsp n. 48.683-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 15.6.1994).

Tributário. *Crédito prêmio do IPI*. Prescrição.

É imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial. por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses.

Prescrição interrompida pelo protesto judicial.

É impossível reapreciar, via recurso especial, sob pena de revolver matéria fática, o *quantum* fixado nas instâncias ordinárias, como verba honorária, desde que, para a sua estipulação, tenham sido obedecidos os limites objetivos impostos pela legislação regente (Súmula n. 389-STF).

Recurso provido parcialmente (REsp n. 56.286-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 14.12.1994).

Precedentes da 2ª Turma.

Processual Civil, Administrativo e Tributário. *Crédito-prêmio de IPI*. Prescrição. Protesto judicial. Interrupção. Inteligência dos arts. 1º, 8º e 9º do Decreto n. 20.910/1932.

1. O STJ possui entendimento no sentido de que o prazo prescricional referente ao aproveitamento do crédito-prêmio de IPI é de cinco anos contados da aquisição do direito, nos termos do Decreto n. 20.910/1932.

2. Hipótese que se diferencia da restituição de tributo indevidamente recolhido (art. 168, I, do CTN), pois se trata de pedido relativo a benefício fiscal não reconhecido pelo Fisco a ser creditado pelo interessado.

3. *O regime jurídico da prescrição deve ser analisado à luz do Decreto n. 20.910/1932, que prevê a possibilidade de interrupção por uma única vez, recomeçando o lapso temporal a correr pela metade.*

4. ***Ajuizou-se medida cautelar de protesto judicial interruptivo da prescrição*** (art. 867 do CPC; c.c. o art. 202, II, do Código Civil), tendo sido citada a recorrente em 6.12.1984. A ação declaratória que originou o presente recurso foi ajuizada em 9.11.1987, isto é, após o transcurso de mais de dois anos e meio do ato interruptivo. Prescrição reconhecida.

5. Recurso Especial provido (REsp n. 335.942-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1º.10.2009).

Tributário. Ação objetivando o *ressarcimento do incentivo do crédito-prêmio do IPI (Decreto-Lei n. 491/1968)*. Inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 1.724/1979. Prescrição qüinqüenal: interrupção pelo protesto. Ressarcimento em espécie: possibilidade legal. Correção cambial pela taxa do dia em que o creditamento do incentivo se tornaria legítimo, caso não tivesse incidido a legislação inconstitucional. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e parcialmente provido.

I - Ajuizamento de cautelar de protesto tem o condão de interromper a prescrição.

II - Em havendo excedentes na compensação com eventuais débitos de IPI ou com outros tributos federais, nada impede seja feito o ressarcimento em espécie.

III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp n. 47.056-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 15.9.1998).

Precedentes da Primeira Seção.

Embargos de divergência. Prescrição. Termo inicial. Protesto judicial. Citação válida.

No que tange á prescrição, dispõe o artigo 174, inciso II do Código Tributário Nacional, *a interrupção é pelo protesto judicial*. Irrelevante o fato de que o artigo 219 do Código de Processo Civil, antes da Lei n. 8.952/1994, tinha outra redação, porque a questão pode ser dirimida com base no Código Tributário Nacional.

Embargos recebidos (EREsp n. 108.866-DF, Primeira Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 29.4.1998).

Com efeito, ainda que se considere que todos esses precedentes tenham sido construídos sobre conhecida posição desta Casa no sentido de que "*a ação de ressarcimento de créditos-prêmio relativos ao IPI obedece às disposições legais referentes à repetição do indébito tributário*" (*v.g.* REsp n. 44.727-DF, Segunda Turma, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 22.11.1995), é necessário frisar que *nenhum efetivamente aborda a típica ação de repetição de indébito, são todos processos onde se pleiteia o ressarcimento de créditos de IPI*, muito embora alguns registrem equivocadamente em suas ementas que se tratam de repetição de indébito.

Decerto, essas referências à repetição de indébito o foram feitas em duas situações:

a) Em dissonância com o caso concreto julgado que não se trata efetivamente de repetição de indébito mas de ação para ressarcimento de crédito escritural; ou

b) *Tomando por pressuposto implícito que a ação cautelar de protesto interrompe a prescrição para o ajuizamento da ação de repetição de indébito tributário do art. 168, do CTN, e, por isso, interromperia também o prazo para o ajuizamento da ação para ressarcimento de crédito escritural ao qual se aplicariam as mesmas regras*.

De certa forma, o disposto na alínea "b" implica que esta Casa já se pronunciou a respeito do tema, no entanto o fez como fundamento de decisões outras que não especificamente o caso.

Particularmente, considero que *o Código Tributário Nacional, se não prevê expressamente a ação cautelar de protesto para o contribuinte, parte do pressuposto de sua existência e possibilidade*, ao disciplinar no seu art. 165, que tanto o pedido administrativo de repetição de indébito quanto a ação para a repetição de indébito independem de prévio protesto do contribuinte. A saber:

> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, ***independentemente de prévio protesto***, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
>
> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
>
> II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
>
> III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

O fato de se ressalvar o protesto significa que ele é uma faculdade posta ao contribuinte, e mais, que a Fazenda Pública não pode exigir o protesto como condição da repetição. Em resgate histórico, observo que a inserção do dispositivo no CTN, inclusive, foi feita em razão de existir anteriormente a sua vigência interpretação fazendária no sentido de que o protesto judicial do contribuinte (na época feito na forma do art. 720, do CPC/1939 - Decreto-Lei n. 1.608/1939) era obrigatório para ressalvar seus direitos quando do pagamento que entendeu indevido (cf. Aliomar Baleeiro *in* "Direito Tributário Brasileiro", 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2000, p. 877). É interessante ver como as coisas evoluem: a Fazenda Pública, que antes exigia o protesto do contribuinte como condicionante à repetição, agora afirma que ele nem mesmo existe na seara tributária. A alegação é de um desconhecimento histórico que beira a má-fé.

Quanto à força interruptiva da prescrição, o caso se resolve facilmente com o emprego da analogia recomendada pelo próprio art. 108, do CTN, na ausência de disposição expressa. Nessa ótica, aplica-se, por analogia, o disposto no art. 174, parágrafo único, II, que admite o protesto judicial como forma de interromper a prescrição para a cobrança do crédito tributário.

Por fim, em se tratando o CTN de norma geral, o seu complemento se dá com a identificação precisa do marco interruptivo da prescrição que é feito por norma específica e conformadora dos direitos processuais, qual seja o art. 219, § 1º, do CPC e os dispositivos pertinentes que regulam a ação cautelar de protesto (arts. 867 a 873, do CPC), como toda e qualquer ação judicial. Sobre essa possibilidade, embora a favor da Fazenda Pública em ação de execução fiscal, já se manifestou esta Segunda Turma em processo por mim relatado, cujo trecho pertinente da ementa transcrevo:

> *3.* Muito embora *o CTN no seu art. 174*, a exemplo do CPC, eleja expressamente o suporte fático hipotético para haver a interrupção do prazo prescricional (citação ou despacho), ele *é omisso em relação ao momento da produção de seus efeitos, pois não estabelece uma data para tal*. Essa data, seja por emprego da analogia, por emprego da equidade ou dos princípios gerais de Direito Público (fórmula prevista no art. 108, I, III e IV, do próprio CTN) pode e deve ser buscada no CPC que estabelece expressamente em seu art. 219, § 1º, como sendo "***a data da propositura da ação***". Sendo assim, não há equívoco ou conflito normativo algum em interpretar-se o art. 174, do CTN, em combinação com o art. 219, § 1º, do CPC (REsp n. 1.282.955-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19.2.2013).

Aliás, também aqui na linha da analogia com a cobrança do crédito fiscal, o STJ já reconheceu em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp n. 1.120.295-SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010) a aplicação do art. 219, § 1º, do CPC, às execuções fiscais, o que permite idêntico reconhecimento às ações tributárias propostas pelo contribuinte. Em qualquer caso, não há que se discutir o art. 146, III, **b**, da CF/1988.

Nessa toada, sem razão no ponto a *Fazenda Nacional*.

Dos efeitos da interrupção da prescrição efetuada pelo protesto judicial.

No caso dos autos, o despacho do juiz que ordenou a citação da ação de Protesto Judicial n. 2005.71.11.002587-0 se deu com a eficácia de interromper retroativamente a prescrição na data do ajuizamento da ação em 8.6.2005 (art. 219, § 1º, do CPC). Sendo assim, houve a interrupção da prescrição de todas as parcelas dos dez anos antecedentes à data do ajuizamento da ação cautelar de protesto (aplicação da tese dos 5+5 vigente à época para resguardar os pagamentos efetuados a partir de 8.6.1995), cujo prazo recomeçou a correr no dia seguinte (9.6.2005), já sob a vigência dos arts. 3º e 4º, da LC n. 118/2005, agora pelo prazo de 5 (cinco) anos, na forma do art. 168, I, do CTN, c.c. arts. 3º e 4º, da LC n. 118/2005.

Desse modo, a subsequente ação de repetição de indébito ajuizada em 9.6.2005 (dentro do prazo de cinco anos posterior à interrupção da prescrição pelo protesto) pode abarcar todas as parcelas referentes aos créditos tributários extintos nos últimos (5) cinco anos e as parcelas referentes à ação cautelar de protesto judicial cuja citação se deu dentro desses cinco anos. Em tese, portanto, poder-se-ia abarcar todas as parcelas referentes a pagamentos efetuados a partir de 8.6.1995.

De ver que o ajuizamento da ação de protesto em e antes de 8.6.2005 dá a todas as parcelas referentes aos dez anos anteriores à interrupção da prescrição o tratamento de parcela única com termo inicial do prazo prescricional para a repetição de indébito único fixado na data do ajuizamento da ação de protesto (*in casu*, em 8.6.2005). Transcrevo trechos de interesse do Código Civil de 2002:

> Seção III
>
> Das Causas que Interrompem a Prescrição
>
> Art. 202. *A interrupção da prescrição*, que somente poderá ocorrer uma vez, *dar-se-á*:
>
> I - *por despacho do juiz*, mesmo incompetente, *que ordenar a citação*, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
>
> II - *por protesto, nas condições do inciso antecedente*;
>
> [...]
>
> V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Decerto, aplicar a interrupção da prescrição apenas às parcelas dos cinco anos antecedentes à propositura da ação de repetição de indébito, como quer a *Fazenda Nacional*, implicaria o injustificado reconhecimento da incidência da lei nova (arts. 3º e 4º, da LC n. 118/2005) para as ações de protesto que foram ajuizadas antes de sua vigência (ajuizamento em e antes de 8.6.2005). Com efeito, esse escopo se afasta daquilo que foi decidido tanto pelo STF quanto pelo STJ em sede de repercussão geral no RE n. 566.621-RS e no recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.269.570-MG. Principalmente diante da constatação de que ***a ação cautelar de protesto judicial***, *nesse caso específico, é ação com evidente relação de* ***continência*** *com a* ***ação de repetição de indébito tributário***, *pois guarda identidade de partes, causa de pedir e tem o objeto contido no desta (art. 104, do CPC). Sendo assim, as pretensões no ponto se identificam e para idênticas pretensões, idênticos prazos prescricionais, reza o CC/2002*:

> Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.
>
> Art. 190. A exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.

Na mesma linha é o Enunciado n. 150 da Súmula do STF: "*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*".

Desse modo, aqui também sem razão a *Fazenda Nacional*.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.342.577-RS (2012/0186574-7)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Recorrente: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Recorrido: Colgemas Comércio de Pedras Ltda.
Advogado: Antônio Celso Nogueira Leiria e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Violação ao art. 535, do CPC. Alegações genéricas. Súmula n. 284-STF. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Lucro presumido. Forma de tributação das variações cambiais. Classificação como receitas financeiras. Aplicação do art. 25, II, da Lei n. 9.430/1996.

1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284-STF: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*".

2. A "receita bruta" considerada pelo art. 25, I, da Lei n. 9.430/1996, para efeito da determinação do lucro presumido como

base de cálculo do IRPJ e da CSLL é somente aquela definida pelo art. 31, da Lei n. 8.981/1995, que, por sua vez, não compreende as variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio (variações cambiais), posto que definidas como receitas ou despesas financeiras pelo art. 9º, da Lei n. 9.718/1998.

3. Consoante o art. 25, II, da Lei n. 9.430/1996, os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 25, I, dentre elas a variação cambial positiva como receita financeira, devem ser somados ao valor apurado na forma do art. 25, I, para compor o lucro presumido.

4. Nos precedentes do STJ referentes às contribuições ao PIS e Cofins, o conceito de "receita da exportação", por uma interpretação teleológica que visou dar máxima efetividade ao preceito constitucional do art. 149, § 2º, I, da CF/1988, acabou por ser ampliado de forma a excepcionar o disposto art. 9º, da Lei n. 9.718/1998 para admití-lo inaplicável quando se trata de variação cambial positiva atrelada à operação de venda na exportação. Tal raciocínio não é aplicável no que diz respeito ao IRPJ e à CSLL apurados pelo lucro presumido, pois não se trata mais de definir o conceito de "receita da exportação", mas de definir o conceito de "receita bruta" do art. 31, da Lei n. 8.981/1995.

5. "*Não é possível para a empresa alegar em juízo que é optante pelo lucro presumido para em seguida exigir as benesses a que teria direito no regime de lucro real, mesclando os regimes de apuração*" (AgRg nos EDcl no AgRg no AG n. 1.105.816-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.12.2010).

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 29.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, **a**, da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que considerou as variações cambiais positivas e negativas como componentes da receita bruta para efeito de sua inclusão no art. 25, I, da Lei n. 9.430/1996, a fim de calcular o lucro presumido para efeito de IRPJ e CSLL, não se enquadrando no inciso II do mesmo artigo de lei. O acórdão restou assim ementado (e-STJ fls. 740-750):

> Tributário. Empresas fxportadoras. IRPJ e CSLL. Lucro presumido. Base de cálculo. Variações cambiais positivas/ativas e negativas/passivas.
>
> 1. Encontra-se pacificado o entendimento de que os valores decorrentes das variações cambiais não se sujeitam à incidência do PIS e da Cofins, porquanto abrangidos pela imunidade tributária de que trata o art. 149, § 2º, inciso I da Constituição (receitas decorrentes da exportação).
>
> 2. Se a quantia referente às variações cambiais é considerada receita bruta para fins da imunidade do PIS e Cofins ("receitas decorrentes da exportação"), conclui-se que tais valores, para fins de IRPJ e CSSL, devem integrar a base de cálculo dessas exações.
>
> 3. Assim, as variações cambiais (positivas/ativas ou negativas/passivas), incidentes na atividade de comércio exterior, não se caracterizam como receitas ou despesas financeiras para fins de incidência do IRPJ e da CSLL, porquanto a receita decorrente do processo de exportação é única, composta pelo resultado positivo de uma operação mercantil de compra e venda entre o comprador residente ou sediado fora do país e o exportador. Integram-na, portanto, tanto o valor decorrente da venda quanto da variação cambial (positiva ou negativa).

Os embargos de declaração interpostos restaram acolhidos apenas para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 768-773).

Alega a recorrente que houve violação ao art. 535, do CPC; e aos artigos 535 do CPC; 224, 375, 377, 378, 518, 519, 521 e 526 do RIR/99; arts. 43, 109 e 110,

do CTN; art. 1º, da Lei n. 7.689, de 1988; art. 31, da Lei n. 8.981, de 1995; art. 25, da Lei n. 9.430, de 1996; art. 30, da Medida Provisória n. 2.158-35 de 2001; art. 20, da Lei n. 9.249, de 1995. Afirma que as receitas financeiras (variação monetária dos contratos de câmbio) não podem ser consideradas receitas de exportação. Que não se pode dizer que o IRPJ e a CSLL, por gravarem o lucro, estariam gravando também as receitas por ser o lucro constituído destas e da dedução de despesas. Sustenta que o lucro, fato gerador da CSLL, corresponde à mais valia que se acresce ao patrimônio do contribuinte, enquanto a receita, por sua vez, abrange a totalidade dos valores que ingressam no domínio da empresa, independentemente de representarem riqueza nova. Conclui que receita, faturamento e lucro possuem conceituação jurídica diversa não podendo ser confundidos quanto a seu regime jurídico tributário. Desse modo, ao regime de tributação pelo lucro presumido não importa o resultado efetivamente obtido no período, mas apenas as receitas obtidas (e-STJ fls. 775-788).

Contrarrazões nas e-STJ fls. 792-802.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 803-804).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente, afasto o conhecimento do recurso especial quanto à violação ao art. 535, do CPC, visto que fundada a insurgência sobre alegações genéricas, incapazes de individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. A alegação de violação ao art. 535, do CPC, deve ser suficientemente abordada na petição do recurso especial, não bastando a mera remissão à petição de embargos de declaração interpostos na origem. O provimento do recurso especial por contrariedade ao art. 535, II, do CPC pressupõe seja demonstrado, fundamentadamente, entre outros, os seguintes motivos: (a) a questão supostamente omitida foi tratada na apelação, no agravo ou nas contrarrazões a estes recursos, ou, ainda, que se cuida de matéria de ordem pública a ser examinada de ofício, a qualquer tempo, pelas instâncias ordinárias; (b) houve interposição de aclaratórios para indicar à Corte local a necessidade de sanear a omissão; (c) a tese omitida é fundamental à conclusão do julgado e, se examinada, poderia levar à sua anulação ou reforma; e (d)

não há outro fundamento autônomo, suficiente para manter o acórdão. Esses requisitos são cumulativos e devem ser abordados de maneira fundamentada na petição recursal, sob pena de não se conhecer da alegativa por deficiência de fundamentação, dada a generalidade dos argumentos apresentados. Incide na espécie, por analogia, o Enunciado n. 284, da Súmula do STF: "*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*".

Devidamente prequestionados os demais dispositivos legais tidos por violados, conheço do recurso especial.

Quanto ao mérito, trata-se de ação em que se discute a forma de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, apurados com base no lucro presumido, das variações cambiais positivas decorrentes da exportação. Por outras palavras, discute-se o direito da pessoa jurídica exportadora, enquanto tributada pelo lucro presumido, de submeter as receitas ou despesas oriundas das variações cambiais à incidência do IRPJ e da CSLL na forma estabelecida pelo inciso I do art. 25 da Lei n. 9.430/1996 e não pelo inciso II do mesmo artigo que somente considera os resultados positivos dessas variações.

A Corte de Origem entendeu que, se as variações cambiais positivas são consideradas pela jurisprudência do STJ como receita bruta para fins da imunidade do PIS e da Cofins (art. 149, § 2º, I, da CF/1988) porque não podem ser dissociadas da operação de venda ou da prestação do serviço que as originou. Considerou que tais valores devem integrar, sob o mesmo titulo de receita bruta, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL calculados sobre o lucro presumido. Citou como precedentes para o caso do PIS e da Cofins o REsp n. 1.059.041-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 7.8.2008 e o REsp n. 1.064.722-SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 16.4.2009.

Com esses argumentos compreendeu que as variações cambiais positivas correspondem ao conceito de "*receita bruta*" enquadrável no art. 25, I, da Lei n. 9.430/1996 e não ao conceito de "*resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior*" previsto no art. 25, II, da Lei n. 9.430/1996.

Sem razão aquela Corte.

Em relação à tributação pelo IRPJ e pela CSLL das variações cambiais positivas não há qualquer dissenso jurisprudencial neste STJ. Nesse sentido, transcrevo meramente a título de informação, *in litteris*:

Tributário. Recurso especial. Ação anulatória de débito fiscal. Imposto de renda. Operações financeiras no mercado exterior (bolsa de mercadorias). Apuração do lucro real. Decreto-Lei n. 1.418/1975, art. 5º. Variação monetário-cambial dos valores investidos e do lucro decorrente. Fato autônomo. Riqueza nova. Aquisição de disponibilidade econômica. Art. 43 do CTN. Incidência do imposto de renda.

1. Caso em que se discute a inclusão dos ganhos decorrentes da variação monetário-cambial na apuração do lucro real a ser tributado pelo imposto de renda, na hipótese do Decreto-Lei n. 1.418/1975, que excluiu do cômputo do lucro real o resultado proveniente de investimento em bolsa de mercadorias no exterior.

2. *A variação positiva no preço da moeda estrangeira é efetivo ganho de capital e, por isso, está sujeita à tributação pelo imposto de renda, nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional*.

3. O fato de o montante de moeda estrangeira que gerou o lucro auferido na bolsa de mercadorias no exterior dar origem, total ou parcialmente, ao montante de moeda estrangeira que será, na internação, convertida em moeda nacional, ou que será declarada ao Fisco, não ilide o fato gerador do imposto de renda, quanto aos ganhos decorrentes da variação monetário-cambial. Inteligência do art. 43 do CTN.

4. Não há como conferir interpretação ao art. 5º do DL n. 1.418/1975 que exclua os ganhos com a variação monetário-cambial da incidência do imposto de renda, uma vez que o consequente acréscimo financeiro, no patrimônio material do contribuinte, é fato autônomo que não guarda correlação com o lucro auferido na bolsa de mercadorias.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp n. 1.041.022-RS, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 1º.10.2009).

Tributário. Imposto sobre a renda. Variação cambial. OTN'S. *Bis in idem*. Vedação. Compatibilidade das normas. Decretos-Lei n. 2.014/1983 e n. 2029/1983.

1. Ocorre *bis in idem* quando sobre a mesma base de cálculo há dupla incidência da norma tributária.

2. O sistema tributário veda a dupla tributação, razão pela qual *sobre a variação cambial incide imposto sobre a renda na fonte*, no ato do resgate do título, ou no final do período tributado, no balanço do exercício, pelo excedente da correção monetária. Precedente: REsp n. 204.159-RJ, 1ª Turma, rel. *Ministro Garcia Vieira*.

3. Recurso especial não provido (REsp n. 1.050.054-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 14.10.2008).

Tributário. Balanço. Variação cambial. Retenção na fonte. *Bis in idem*.

Estabelece o artigo 1º do Decreto-Lei n. 2.014/1983 que o valor cambial das ORTN's, com cláusula de opção de resgate pela correção cambial, que exceder à variação da correção monetária do título a partir do valor cambial em 17.2.1983, fica sujeito ao desconto do imposto de renda pela fonte pagadora, exigível no seu resgate.

O Decreto-Lei n. 2.029/1983 estatuiu que a variação do valor destas ORTN's será computada na determinação do lucro real na data de encerramento de cada período base.

A interpretação destes dispositivos legais só pode conduzir à conclusão de que deve ser afastada a lei tributária *bis in idem*, *ficando assegurada a tributação em cada balanço encerrado sobre a variação cambial do exercício* e, no reajuste, observado o regime de retenção na fonte sobre as variações ocorridas no período desde o balanço até o reajuste.

Recurso improvido (REsp n. 204.159-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 6.5.1999).

Tributário. Imposto de renda. Variações cambiais consideradas como renda antes do pagamento da obrigação. Momento da disponibilidade econômica. Incidência do tributo.

O Imposto de Renda só incide sobre os ganhos decorrentes de variações cambiais quando realizado o pagamento das obrigações financeiras relativas àquelas variações, porque é a partir daí que serão incluídos na receita e na apuração do lucro real obtido.

Recurso improvido (REsp n. 320.455-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 7.6.2001).

Ocorre que o tema a ser discutido nos presentes autos não é meramente a possibilidade de tributação das variações cambiais pelo IRPJ e pela CSLL, mas sim a forma com que essas mesmas variações cambiais são consideradas pelo art. 25, da Lei n. 9.430/1996 para tributação na sistemática de apuração pelo lucro presumido: se na forma do inciso I (receita bruta - desejo do contribuinte), ou se na forma do inciso II (resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior - desejo do Fisco Federal), do mesmo artigo. A este respeito, transcrevo as normas mencionadas, *in verbis*:

Seção VI

Lucro Presumido

Determinação

Art. 25. O lucro presumido será o montante determinado pela soma das seguintes parcelas:

> I - o valor resultante da aplicação dos percentuais de que trata o art. 15 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, sobre ***a receita bruta definida pelo art. 31 da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995***, auferida no período de apuração de que trata o art. 1º desta Lei;
>
> II - os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior e demais valores determinados nesta Lei, auferidos naquele mesmo período.

Uma simples leitura do dispositivo legal deixa claro que a receita bruta considerada para efeito da determinação do lucro presumido como base de cálculo do IRPJ e da CSLL é ***somente*** *aquela definida pelo art. 31, da Lei n. 8.981/1995*, que, por sua vez, assim explicita, *verbo ad verbum*:

> Art. 31. A receita bruta das vendas e serviços compreende *o* ***produto da venda de bens*** *nas operações de conta própria, o* ***preço dos serviços prestados*** e o resultado auferido nas operações de conta alheia.
>
> Parágrafo único. Na receita bruta, não se incluem as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não-cumulativos cobrados destacadamente do comprador ou contratante dos quais o vendedor dos bens ou o prestador dos serviços seja mero depositário.

À toda evidência, esse conceito de receita bruta não compreende as variações cambiais, pois estas foram classificadas expressamente pela legislação do imposto de renda (art. 9º, da Lei n. 9.718/1998) como ***receitas ou despesas financeiras***, a saber:

> Capítulo II
>
> Do imposto sobre a renda
>
> Art. 9º ***As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio*** ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual ***serão consideradas***, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/Pasep e da Cofins, ***como receitas ou despesas financeiras***, conforme o caso.

Aqui é indiferente que a receita seja proveniente de variação cambial positiva atrelada à operação de venda na exportação. Isto porque a variação cambial não é produto da venda de bens ou serviços, mas produto de uma

contingência de mercado refletida no preço das moedas, no caso, moedas utilizadas em transações de comércio exterior.

Nos mencionados precedentes relacionados às contribuições ao PIS e Cofins incidentes sobre tais receitas o fato de haver operação de venda na exportação era relevante pois permitia caracterizar a variação cambial como "receita da exportação", o que possibilitou a esta Corte, em solução casuística, aplicar a imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF/1988, e a isenção prevista no art. 14, II, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que são específicas para as "receitas da exportação" (expressão contida nas normas de imunidade e isenção). Transcrevo trechos ilustrativos de voto proferido pelo Min. Castro Meira, *ipsis verbis*:

> Ora, se existe previsão legal excluindo o PIS e a Cofins decorrentes das receitas resultantes da realização de venda de mercadoria para o exterior, não é possível que estas mesmas receitas, agora majoradas, em função de variação cambial, sejam objeto de incidência das contribuições.
>
> O contrato de câmbio realizado entre a empresa exportadora e instituição financeira reconhecida pelo Banco Central do Brasil, do qual podem decorrer variações monetárias positivas ou negativas, não constitui negócio dissociado da operação de venda ou prestação de serviços ao exterior, mas mecanismo indispensável à sua efetivação, não podendo, pois, ser tributado na forma do disposto no art. 9º da Lei n. 9.718/1998.
>
> [...]
>
> Como se vê, *a redação da regra de imunidade ("receitas decorrentes de exportação")* é bem mais ampla do que aquela de isenção (que apenas aludia à "exportação de mercadorias para o exterior").
>
> No primeiro caso, "receitas decorrentes de exportação" *está a indicar que a regra de imunidade deve atingir, indistintamente, qualquer receita que decorra da exportação, direta ou indiretamente. Assim*, tanto ***as receitas*** oriundas da compra e venda com o estrangeiro, como aquelas ***que derivam do contrato de câmbio que dá suporte à exportação, devem ser contempladas pela regra desonerativa***.
>
> Diferentemente do que ocorre com a isenção, que deve ser interpretada "literalmente", segundo o art. 111 do CTN, ***a regra de imunidade***, *por compor o "Estatuto do Contribuinte" e também em virtude do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*, ***deve ser interpretada de forma ampla*** e de modo a não amesquinhar os direitos nela consagrados, também em função do princípio.
>
> [...]
>
> Segundo a doutrina, *as normas referentes às imunidades devem ser interpretadas de forma ampla*, vedando-se ao intérprete restringir o alcance do legislador maior.

> No mesmo sentido da doutrina posiciona-se o STF, que consagrou no RE n. 101.441-5-RS a interpretação extensiva para a imunidade (REsp n. 1.059.041-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 7.8.2008, grifo nosso).

Como consabido, nos precedentes referentes às contribuições ao PIS e Cofins o conceito de "receita da exportação", por uma interpretação teleológica que visou dar máxima efetividade ao preceito constitucional, acabou por ser ampliado de forma a excepcionar o disposto art. 9º, da Lei n. 9.718/1998 para admití-lo inaplicável quando se trata de variação cambial positiva atrelada à operação de venda na exportação, no que diz respeito a ditas contribuições.

Agora, no que diz respeito ao IRPJ e à CSLL apurados pelo lucro presumido, não se trata mais de definir o conceito de "receita da exportação". Aqui, o que se procura definir é o conceito de "receita bruta" do art. 31, da Lei n. 8.981/1995, que não abrange as ditas variações por força do art. 9º, da Lei n. 9.718/1998, norma de igual hierarquia e a ela posterior. Não há como socorrer-se agora de um conceito constitucional alargado de "receita da exportação", pois sequer há imunidade a ser aplicada. Está em discussão apenas a forma com que tais receitas comporão a base de cálculo do IRPJ e da CSLL e essa forma já está bem definida pela legislação em vigor.

Desse modo, na legislação do IRPJ e da CSLL sobre o lucro presumido, as variações cambiais se classificam no inciso II, do art. 25, da Lei n. 9.430/1996, como "*demais receitas e os* ***resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo inciso anterior***".

Por fim, observo que esta Corte tem precedente no sentido da incidência da CSLL sobre as denominadas "receitas da exportação", o que permite confirmar o raciocínio de que o destino de tais receitas varia conforme o tributo em discussão. Transcrevo:

> Tributário. Processo Civil. Imunidade das receitas decorrentes de exportação. Alcance. CPMF. Matéria constitucional. Incompetência do Superior Tribunal de Justiça. CSLL. Extensão da regra de isenção. Impossibilidade. Interpretação restritiva. PIS e Cofins. Incidência na receita decorrente de variação cambial positiva. Impossibilidade. Precedentes.
>
> 1. O Tribunal Regional afastou a pretensão da impetração de imunidade da CPMF sobre as receitas decorrentes de exportação à luz de preceitos constitucionais, o que afasta a competência do Superior Tribunal de Justiça para conhecer da irresignação. Precedentes.

> 2. *A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido incide sobre o lucro, assim entendido o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda, que não se confunde com a receita bruta ou faturamento, de modo que* ***não há como estender o alcance da regra de isenção da receita decorrente de exportações para alcançar base de cálculo diversa.***
>
> 3. A jurisprudência do STJ alberga o entendimento segundo o qual as receitas decorrentes da variação cambial positiva são alcançadas pela regra de isenção prevista no art. 14 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.
>
> 4. Recurso especial do contribuinte conhecido em parte e, nessa parte, não provido.
>
> 5. Recurso especial da União não provido (REsp n. 1.004.430-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 27.10.2009).

Destaco desse precedente trecho trabalhado pela então Relatora Min. Eliana Calmon onde deixou claro que a base de cálculo da CSLL não se confunde com a "receita da exportação", pois compreende a receita bruta submetida a ajustes próprios, *verbo ad verbum*:

> Quanto à pretensão de afastar a incidência da CSLL do lucro decorrente de receitas produto de operações de exportação, observo que andou bem o aresto hostilizado, pois não há como confundir, nos termos do art. 2º da Lei n. 7.689/1988, lucro com receita bruta ou faturamento, sendo estes a soma de todos os valores obtidos pela pessoa jurídica em determinado período, enquanto *o lucro resulta destes mesmos valores com deduções e ajustes próprios*.
>
> Embora a base de cálculo da CSLL seja decorrente ou reflexo da mesma base de cálculo utilizada pela Cofins, elas não se misturam, sob pena de *bis in idem*, já que ambos são contribuições devidas à Seguridade Social.
>
> As regras isentivas interpretam-se restritivamente, de modo que *à mingua de norma jurídica expressa e específica, não há isenção da CSLL sobre o lucro resultante de receitas advindas com operações de exportação*.

A mesma lógica se aplica ao caso ora em exame. A base de cálculo do IRPJ e da CSLL apurados pelo lucro presumido é composta pela receita bruta submetida aos ajustes e restrições próprios do art. 31, da Lei n. 8.981/1995 e art. 9º, da Lei n. da Lei n. 9.718/1998, razão pela qual não procede qualquer discussão a respeito do conceito de "receita da exportação".

Outro ponto de relevo é que a tributação pelo lucro presumido é faculdade do contribuinte. Sendo assim, quanto opta pela sistemática, acolhe todas as presunções e deduções próprias do sistema. Acaso tenha interesse em descontar a variação cambial negativa da base de cálculo dos referidos tributos basta

migrar para a tributação pelo lucro real onde não se considera uma base de cálculo fictícia, mas a base de cálculo real do imposto de renda, esta mais próxima da verdade real. Trata-se apenas de uma medida de planejamento fiscal. O que não pode é o contribuinte optar pelo lucro presumido e aplicar a sistemática do lucro real naquilo que lhe melhor aproveitar. Isso a legislação não permite. Com efeito:

> Não é possível para a empresa alegar em juízo que é optante pelo lucro presumido para em seguida exigir as benesses a que teria direito no regime de lucro real, mesclando os regimes de apuração (AgRg nos EDcl no AgRg no AG n. 1.105.816-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.12.2010).

Sendo assim, concluo que, muito embora se reconheça a imunidade e a isenção das "receitas da exportação" para as contribuições ao PIS e Cofins incidentes sobre a variação cambial atrelada à operação de venda na exportação, não se pode reconhecer que a dita variação cambial constitui receita bruta para efeito do art. 25, I, da Lei n. 9.430/1996, compondo a parcela referida no inciso II do mesmo artigo.

Ante o exposto, *conheço parcialmente* do recurso especial e, nessa parte, *dou provimento*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.364.915-MG (2013/0021637-0)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda.
Advogados: João Dácio Rolim e outro(s)
Claudia Gama Gondim
Taís Cruz Habibe
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Consumidor. Procedimento administrativo. Vício de quantidade. Venda de refrigerante em volume menor que o habitual. Redução de conteúdo informada na parte inferior do rótulo e em letras reduzidas. Inobservância do dever de informação. Dever positivo do fornecedor de informar. Violação do princípio da confiança. Produto antigo no mercado. Frustração das expectativas legítimas do consumidor. Multa aplicada pelo Procon. Possibilidade. Órgão detentor de atividade administrativa de ordenação. Proporcionalidade da multa administrativa. Súmula n. 7-STJ. Análise de lei local, portaria e instrução normativa. Ausência de natureza de lei federal. Súmula n. 280-STF. Divergência não demonstrada. Redução do *quantum* fixado a título de honorários advocatícios. Súmula n. 7-STJ.

1. No caso, o Procon estadual instaurou processo administrativo contra a recorrente pela prática da infração às relações de consumo conhecida como "maquiagem de produto" e "aumento disfarçado de preços", por alterar quantitativamente o conteúdo dos refrigerantes "Coca Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat" de 600 ml para 500 ml, sem informar clara e precisamente aos consumidores, porquanto a informação foi aposta na parte inferior do rótulo e em letras reduzidas. Na ação anulatória ajuizada pela recorrente, o Tribunal de origem, em apelação, confirmou a improcedência do pedido de afastamento da multa administrativa, atualizada para R$ 459.434,97, e majorou os honorários advocatícios para R$ 25.000,00.

2. Hipótese, no cível, de responsabilidade objetiva em que o fornecedor (*lato sensu*) responde solidariamente pelo vício de quantidade do produto.

3. O direito à informação, garantia fundamental da pessoa humana expressa no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, é gênero do qual é espécie também previsto no Código de Defesa do Consumidor.

4. A Lei n. 8.078/1990 traz, entre os direitos básicos do consumidor, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade,

características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6º, inciso III).

5. Consoante o Código de Defesa do Consumidor, "a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31), sendo vedada a publicidade enganosa, "inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços" (art. 37).

6. O dever de informação positiva do fornecedor tem importância direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor. A informação deficiente frustra as legítimas expectativas do consumidor, maculando sua confiança.

7. A sanção administrativa aplicada pelo Procon reveste-se de legitimidade, em virtude de seu poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) para cominar multas relacionadas à transgressão da Lei n. 8.078/1990, esbarrando o reexame da proporcionalidade da pena fixada no Enunciado da Súmula n. 7-STJ.

8. Leis locais, portarias e instruções normativas refogem ao conceito de lei federal, não podendo ser analisadas por esta Corte, ante o óbice, por analogia, da Súmula n. 280-STF.

9. Os honorários advocatícios fixados pela instância ordinária somente podem ser revistos em recurso especial se o *quantum* se revelar exorbitante, em respeito ao disposto na Súmula n. 7-STJ.

Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin,

Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Elza Alves Marques Guedes, pela parte recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda.

Brasília (DF), 14 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 24.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto por *Refrigerantes Minas Gerais Ltda*., com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento à apelação da ora recorrente e deu parcial provimento à apelação do *Estado de Minas Gerais*.

O acórdão recorrido está assim ementado (fl. 327, e-STJ):

> Ação anulatória. Procedimento administrativo. Procon. Redução da quantidade em produtos comercializados (refrigerantes) sem a devida informação aos consumidores. Manutenção do tamanho e da forma. Afronta ao princípio da informação e da confiança.
>
> - A empresa que reduz o volume do produto que comercializa há vários anos, que é de larga aceitação, sem a informação correta ao consumidor da redução deste volume afronta os princípios do direito à informação e da confiança estabelecidos pela legislação consumerista.
>
> - A fixação dos honorários advocatícios deve observar o zelo do profissional e, principalmente, o trabalho e o tempo exigidos, conforme estabelece do o art. 20, § 3º, do mesmo diploma legal.

Não foram opostos embargos de declaração.

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 6º, inciso III, 31 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o Tribunal mineiro teria reconhecido a estipulação de exigências não previstas em tais dispositivos (fls. 341-369, e-STJ).

Informa a recorrente que o Procon estadual instaurou o Processo Administrativo n. 103/2006 pela suposta prática da infração conhecida

como "maquiagem de produto" ou "aumento disfarçado de preços" ao alterar, quantitativamente, de 600 ml para 500 ml o conteúdo dos refrigerantes PET "Coca Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat", sem a adequada informação aos consumidores.

Acresce que apresentou defesa administrativa consistente na comprovação do cumprimento das determinações do Código de Defesa do Consumidor e da Portaria n. 81/2002, do Ministério da Justiça, fazendo constar do rótulo informação em negrito sobre a redução, em termos percentuais e nominais, do conteúdo líquido dos refrigerantes, com o respectivo abatimento no preço do produto. Tal defesa administrativa, contudo, foi indeferida, advindo a imposição de multa no valor de R$ 293.671,30 (duzentos e noventa e três mil, seiscentos e setenta e um reais e trinta centavos).

Assim, ajuizou, na origem, ação anulatória, com pedido de antecipação de tutela, contra o *Estado de Minas Gerais*, sob o argumento de não ter praticado nenhuma infração contra as relações de consumo.

A sentença julgou improcedente o pedido de anulação da multa administrativa, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Ambas as partes interpuseram apelação. O recurso do recorrido teve parcial provimento a fim de majorar a verba honorária para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), enquanto o recurso da recorrente foi improvido, mantendo-se sua condenação ao pagamento da multa no valor atualizado de R$ 459.434,97 (quatrocentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e noventa e sete centavos), além dos ônus sucumbenciais.

A recorrente aduz, nesta via recursal, que o Tribunal mineiro desconsiderou a informação atinente à redução do conteúdo líquido dos refrigerantes - a qual foi colocada logo abaixo da marca e imediatamente após o volume, em letra negritada "caixa alta", de tamanho compatível com o rótulo do produto -, divergindo da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, em caso idêntico, entendeu cumprido o dever de informar pelo fornecedor.

Assevera que, como reduziu o preço, se os distribuidores eventualmente não repassaram a variação de volume dos refrigerantes aos consumidores, não poderá ser penalizada pela conduta de terceiros.

Alega que não há infração às relações de consumo, sendo, pois, indevida a multa cominada pelo Procon estadual. Além disso, na dosimetria da referida

sanção, foi utilizada somente a atenuante da primariedade, desconsiderando-se a atenuante da ausência de vantagem auferida, a qual reduziria a multa pela metade, e não apenas em 1/6 (um seis avos).

Requer, caso o recurso não seja provido no mérito, seja abrandada a multa administrativa para, no mínimo, a metade, dando-se validade ao art. 57 do Código de Defesa do Consumidor, aos arts. 24 e 25 do Decreto n. 2.181/1997 e à Instrução Normativa n. 1/2003, do Procon-MG.

Pede, ainda, a redução do valor fixado a título de honorários advocatícios, uma vez que sua majoração de R$ 1.000,00 (um mil reais) para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) se revela exorbitante.

As contrarrazões apresentadas pelo *Estado de Minas Gerais* afirmam que o recurso especial esbarra no reexame de matéria fático-probatória (Súmulas n. 7-STJ e n. 279-STF), pugnado pela manutenção do acórdão recorrido (fls. 391-411, e-STJ).

Sobreveio o juízo de admissibilidade positivo da instância de origem (fls. 413-414, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): A pretensão recursal não prospera.

Da leitura detalhada dos autos, exsurgem quatro temas principais: a *responsabilidade solidária entre os fornecedores*, o *vício de quantidade do produto*, o *dever de informação* e o *princípio da confiança*.

Da responsabilidade solidária entre os fornecedores

Sem razão a recorrente ao argumentar que, a despeito de ter reduzido o preço, os distribuidores não repassaram a adequada variação de volume dos refrigerantes aos consumidores, motivo pelo qual não poderia ser responsabilizada pela conduta de terceiros.

Com efeito, são legitimados a figurar no polo passivo da relação de consumo todos os participantes que integrem a cadeia geradora ou manipuladora de bens e serviços (*causa remota* da legitimação passiva), por existência de ato ou

fato, omissivo ou comissivo, que coloque em risco ou ofenda um direito do consumidor de tais bens e serviços (*causa próxima* da legitimação passiva).

A acepção de "fornecedor" constante do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor é ampla, de modo que maior número de relações de consumo admitam a aplicação do referido *Codex*, pois, inclusive por determinação constitucional, importa mais a presença do consumidor na relação de consumo, e não quem vem a ser a sua contraparte, *verbis*:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Se é ampla a abrangência da acepção de "fornecedor", ampla também é a *solidariedade dos partícipes do ciclo de produção*. Ocorre que a oferta e a colocação de produtos e serviços no mercado pressupõem, em regra, a atuação de mais de um fornecedor, de maneira que o sistema de responsabilidade civil objetiva precisa alcançar todos os que, direta ou indiretamente, atuem na "atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

É o que dispõem os arts. 7º, parágrafo único, 18, *caput*, e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente:

> Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.
>
> Parágrafo único. *Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.*
>
> (...)
>
> Art. 18. *Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de* qualidade ou *quantidade que* os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou *lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária*,

> respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> (...)
>
> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.
>
> § 1º *Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores*. (Grifos meus).

Ainda que tenha havido a alegada falha do distribuidor em repassar a diminuição de volume dos refrigerantes aos consumidores, a recorrente, compreendida na acepção larga de "fornecedor", não pode se eximir da responsabilidade civil objetiva, respondendo solidariamente pelo vício de quantidade do produto colocado à venda.

Nem é pertinente, neste momento processual, trazer à baila questões como denunciação da lide e responsabilidade de distribuidores ou outros partícipes da cadeia de produção e circulação que não integraram a demanda, cabendo à recorrente, caso queira, exercer eventual direito de regresso na via própria.

Hipótese, no cível, de responsabilidade objetiva em que o fornecedor (*lato sensu*) responde solidariamente pelo vício de quantidade do produto.

Do vício de quantidade

Preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso que o *vício* é "uma falha ou deficiência intrínseca, imanente ao produto, que o compromete em maior ou menor intensidade, em aspectos como a quantidade, a qualidade, a eficiência", enquanto o *defeito* está "na consequência danosa, ou seja, no prejuízo concretamente experimentado, no chamado acidente de consumo, tendo como causa remota o vício, e como causa próxima um ato – comissivo ou omissivo – do usuário" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Manual do Consumidor em Juízo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146).

Ao versar sobre a responsabilidade por vício do produto e do serviço, o Código de Defesa do Consumidor refere-se a *vícios de qualidade* e *de quantidade do produto*, *ex vi* do disposto no *caput* do art. 18:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a

> indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Por sua vez, o Tribunal de origem, nas razões de decidir, consignou (fls. 329-334, e-STJ):

> Em decorrência dos Autos de Constatação/Comprovação de fls. 45-52, o Procon, através de Portaria, determinou a instauração de processo administrativo contra a autora com a finalidade de apurar prática de infração às relações de consumo, ao fundamento de que a "infratora violou o direito básico dos consumidores à informação ao "alterar quantitativamente o produto *Refrigentante 600 ml PET - Coca Cola, Fanta, Sprite e Kuat*, reduzindo seu conteúdo para 500 ml, sem, no entanto, promover informação *clara, precisa e ostensiva (através de letras de tamanho e cor destacados*), sobre a modificação e a quantidade do produto existente na embalagem antes e depois da alteração, tanto em termos absolutos quanto em termos percentuais", sendo aplicados os dispositivos do art. 4º, incisos I e III, **a**, e art. 31 da Lei n. 8.078/1990, e da Portaria n. 81/2002, do Ministério da Justiça (fls. 43).
>
> (...).
>
> A farta documentação anexada aos autos não deixa dúvida de que a apelante afrontou os dispositivos legais da Lei n. 8.078/1990, bem como as determinações constantes da Portaria n. 81/2002. Ficou demonstrado que houve diminuição do volume dos refrigerantes de 600 ml para 500 ml, sem qualquer mudança da embalagem seja na sua forma ou conteúdo, já reconhecida pelo consumidor há vários anos.

Consoante se infere do acórdão recorrido, o caso concreto corresponde a emblemático vício de quantidade, no qual o volume do conteúdo de refrigerantes PET "Coca Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat" sofreu redução de 600 ml para 500 ml, sem que houvesse informação clara, precisa e ostensiva ao consumidor.

Para casos tais, o Código de Defesa do Consumidor não só pune a existência do vício de quantidade do produto, como, uma vez mais, prevê a expressa responsabilidade solidária entre todos os fornecedores da cadeia de produção e circulação, podendo qualquer um deles ser acionado isoladamente pelo consumidor, nos moldes de seu art. 19:

> Art. 19. *Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que*, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, *seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da*

> *embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária*, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - o abatimento proporcional do preço;
>
> II - complementação do peso ou medida;
>
> III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
>
> IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.
>
> § 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.
>
> § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Na hipótese, prepondera uma das órbitas de proteção ao consumidor, qual seja, sua incolumidade em face dos incidentes que possam lhe atingir o patrimônio, como esclarece a doutrina de Herman Benjamin ao descrever a "Teoria da Qualidade", coadjuvada pela "Teoria da Quantidade" (BENJAMIN, Herman. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100 e ss.).

Muito embora a recorrente invoque sua iniciativa de abatimento no preço dos refrigerantes como fator elidente da responsabilidade civil, é o vício de quantidade em si que frustra a expectativa legítima dos consumidores, independentemente de ser o vício notório ou discreto. E do vício, reitere-se, advém a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Do dever de informar

De matriz constitucional, o gênero "direito à informação" é garantia fundamental da pessoa humana, *verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A liberdade de escolha do consumidor, direito básico previsto no inciso II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, está vinculada à correta, fidedigna e satisfatória informação sobre os produtos e serviços postos no mercado de consumo.

A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois esta, a informação, é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente.

Assim, o "direito à informação", espécie do gênero constitucional, confere ao consumidor "uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art. 6º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia" (REsp n. 1.144.840-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.3.2012, DJe 11.4.2012).

Por sua vez, o "dever de informar" também deriva do respeito aos direitos básicos do consumidor, designadamente do disposto no inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê, como essencial, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social.

Na atividade de fomento ao consumo e na cadeira fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus pró-ativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*).

Ao cuidar da oferta nas práticas comerciais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 31, evidencia o dever de informar:

> Art. 31. *A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados*, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
>
> Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. (Grifo meu.)

A esse respeito, a doutrina de Herman Benjamin é precisa ao explicar:

> O art. 31 tem, na sua origem, o princípio da transparência, previsto expressamente pelo CDC (art. 4º, *caput*). Por outro lado, é decorrência também do princípio da boa-fé objetiva, que perece em ambiente onde falte a informação plena do consumidor.
>
> (...).
>
> O art. 31 aplica-se, precipuamente, à oferta não publicitária. Cuida do dever de informar a cargo do fornecedor. O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.
>
> Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditames do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.
>
> (...).
>
> O art. 31 impõe o dever de informar sobre certos dados do produto ou serviço. Lista-os, "entre outros". Por conseguinte, o rol apresentado é meramente enumerativo. Caberá ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço, informar sobre "outros" dados que, no caso concreto, repute importantes. Se não o fizer voluntariamente, assim o determinará o juiz ou a autoridade administrativa, independentemente da reparação e da repressão (administrativa e penal).
>
> (...).
>
> Não é só a publicidade que pode ser enganosa (art. 37, § 1º). Na medida em que a embalagem geralmente é veículo de *marketing*, também ela se presta à enganosidade.
>
> (...).
>
> Devemos, entretanto, distinguir duas espécies da embalagem: seu design (tamanho e forma) e sua decoração (as palavras e as imagens impressas). Esta última, de certa maneira, confunde-se com o próprio conceito de rótulo. Em ambos é possível a manifestação da enganosidade.

> Assim, por exemplo, é enganoso sugerir, mediante forma especial (design), que o recipiente contém mais produto do que realmente tem. (*Op. cit.*, p. 189-191).

A obrigação legal de informação no Código do Consumidor brasileiro tem largo espectro, pois não se limita ao contrato, e sim abrange qualquer situação na qual o consumidor manifeste seu interesse em adquirir um produto ou requerer um serviço (RINESSI, Antonio Juan. Relación de Consumo y Derechos del Consumidor. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 140).

Há, portanto, dois principais momentos do dever de informar: (a) *pré-contratual*: a informação que antecede ou acompanha o bem de consumo, a exemplo da publicidade e da embalagem, respectivamente; e (b) *contratual*: a informação oferecida na formalização do ato de consumo, ou seja, no instante da contratação.

Na hipótese dos autos, a falha na informação está, principalmente, na fase pré-contratual, seguindo com o próprio bem de consumo.

Nada mais coerente que, na relação de consumo, o polo que detenha pleno conhecimento do produto oferecido - quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição -, seja também o responsável por prestar ao polo vulnerável (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo.

Não obstante o amparo legal à informação e à prevenção de danos ao consumidor, as infrações à relação de consumo são constantes, porque para o fornecedor, lamentavelmente, o lucro gerado pelo dano poderá ser maior do que o custo que terá com a reparação do prejuízo causado ao consumidor; daí a importância da tutela da informação, entre outras formas de proteção.

Extrai-se, ainda, do voto condutor do acórdão recorrido este excerto (fl. 334, e-STJ):

> Ficou demonstrado que houve diminuição do volume dos refrigerantes de 600 ml para 500 ml, sem qualquer mudança da embalagem, seja na sua forma ou conteúdo, já reconhecida pelo consumidor há vários anos.
>
> Apesar da redução no preço dos refrigerantes, conforme demonstrado através das notas fiscais de fls. 72-75, a informação sobre a redução de volume do conteúdo foi posta na parte inferior do rótulo, em letras reduzidas, conforme está demonstrado às fls. 158-170, de forma absolutamente insuficiente para alertar os consumidores sobre a modificação.

Ao que se tem dos autos, a informação sobre a redução do volume de líquido dos refrigerantes foi omissa e incompleta, repelida, portanto, pelo Código do Consumidor, que, em seu art. 37, §§ 1º e 3º, estabelece:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, *mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da* natureza, características, qualidade, *quantidade*, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
>
> (...).
>
> § 3º *Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.*

Embora tenha havido diminuição do preço dos refrigerantes, tal medida, por si só, não elide o dever de informar, dever este que, como se infere do aresto impugnado, não foi atendido por um ou por mais de um dos partícipes da cadeia de produção e de circulação, porquanto o aviso sobre a redução do volume se fez em letras diminutas e na parte inferior do rótulo.

E mais: a informação não só foi insuficiente para alertar o consumidor, como também foi mantido o antigo tamanho, a forma e o rótulo do recipiente, o que impossibilitou ou dificultou ao consumidor perceber a redução de volume do produto vendido há anos no mercado.

Frise-se que, no Código de Defesa do Consumidor, o dever de informar não é tratado como mero dever anexo, e sim como dever básico, essencial e intrínseco às relações de consumo.

Dessarte, não se pode afastar a índole enganosa da informação que seja parcialmente falsa ou omissa a ponto de induzir o consumidor a erro, uma vez que não é válida a "meia informação" ou a "informação incompleta".

De mais a mais, não é suficiente oferecer a informação. É preciso saber transmiti-la, porque mesmo a informação completa e verdadeira pode vir a apresentar deficiência na forma como é exteriorizada ou recebida pelo consumidor.

Confira-se o seguinte precedente:

> Direito do Consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do

consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de aplicação da Lei do Glúten (Lei n. 8.543/1992 ab-rogada pela Lei n. 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do Código de Defesa do Consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.

1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo Procon-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca.

(...).

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6º, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto

> *ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).*
>
> *12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do* caveat emptor *como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.*
>
> (...).
>
> 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
>
> (REsp n. 586.316-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJe 19.3.2009.)

Sobreleve-se que a recorrente afirma ter procedido de acordo com a boa-fé e a transparência e, "como no caso apontado como paradigma, informou, logo abaixo da marca e em letras maiúsculas e negritadas, a modificação do volume de 600 ml para 500 ml, tendo ressaltado, ainda, a redução tanto em termos absolutos quanto percentuais, destacando que esta teria sido de 100 ml ou de 17%" (fl. 352, e-STJ).

Todavia, no paradigma oriundo do Tribunal catarinense, foi considerada legítima a conduta do fornecedor que, ao reduzir o conteúdo do pacote de absorventes higiênicos, ofereceu informação adequada e ostensiva ao consumidor – qual seja, "*conteúdo alterado de 10 para 8 unid. (menos 2 unid.) Redução de 20%*" -, com letra "caixa alta" na cor vermelha ou azul e disposta na parte frontal da embalagem.

Já neste caso, a recorrente não comprovou a observância do dever de informar, concluindo o acórdão recorrido, com base nas provas dos autos, que a informação sobre a "redução de volume do conteúdo foi posta na parte inferior do rótulo, em letras reduzidas" (fl. 334, e-STJ).

Dissentir das razões do Tribunal de origem, de sorte a afastar a ofensa ao dever de informar por parte da recorrente ou detectar a presença da boa-fé em sua conduta, implicaria revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte, haja vista o Enunciado da Súmula n. 7-STJ.

É o que se infere da leitura deste precedente:

> Processual Civil. Administrativo. Art. 535 do CPC. Violação. Ausência. Responsabilidade civil. Instituição de ensino. Expedição de diploma. Prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Revisão de provas. Súmula n. 7-STJ. Fundamento inatacado. Súmula n. 283-STF.

> (...).
>
> 3. *Para infirmar as premissas do acórdão recorrido de reconhecimento da responsabilidade civil das agravantes, tendo em vista o manifesto maltrato à boa-fé objetiva e ao dever de informação ao consumidor, seria imprescindível revolver as provas e fatos dos autos, providência vedada nos termos da Súmula n. 7-STJ.*
>
> (...).
>
> 5. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no AREsp n. 238.972-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20.11.2012, DJe 29.11.2012.)

Registre-se que o acórdão recorrido também solucionou a controvérsia à luz de leis locais, portarias e instruções normativas, as quais não se enquadram no conceito de lei federal e refogem à apreciação desta Corte, aplicando-se, por analogia, a Súmula n. 280-STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

Da confiança

O ato de "*suscitar confiança*" é "*imputável*" quando quem a causa sabe ou deveria saber que o outro irá confiar (LARENZ, Karl. Derecho Justo: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 195).

Representativo dessa tutela da confiança no direito privado, tem-se o propalado § 242 do Código Civil Alemão, segundo o qual o devedor tem a obrigação de cumprir a prestação como o exigem a lealdade e a confiança recíproca relativamente aos usos socialmente admitidos ("*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*").

No direito consumerista brasileiro, Claudia Lima Marques ressalta que "leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera, e irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado. A ideia de confiança legítima do mais fraco é hoje um princípio geral do direito privado" (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.202).

Outrossim, a proteção da confiança está intimamente ligada à massificação e à propagação do anonimato das modernas relações sociais, máxime pelas

novas técnicas de publicidade e de venda na economia, fazendo com que, por exemplo, no vício por inadequação da coisa adquirida, seja responsável toda a cadeia de fornecedores, diretos e indiretos, de sorte a assegurar a expectativa legítima de segurança dos consumidores ante os produtos que lhe são oferecidos (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit*., p. 1.203).

Informação e confiança entrelaçam-se. O consumidor possui conhecimento escasso acerca dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. A informação desempenha, obviamente, função direta no surgimento e na manutenção da confiança por parte do consumidor.

No caso em debate, entendeu a Corte estadual que a deficiência no dever de informação suprimiu a liberdade do consumidor de, eventualmente, recusar o produto e escolher outro, burlando-lhe a confiança há anos depositada na coisa que imaginava conhecer (refrigerante de 600 ml), a qual, sem a informação adequada, deixou de ser a coisa que se pensava adquirir para ser coisa que fugiu ao habitual (refrigerante de 500 ml).

O abatimento do preço pela requerente não atenua a mácula na confiança do consumidor, porque, como dito antes, é a própria existência do vício que frustra a expectativa legítima dos consumidores, independentemente de ser o vício sutil ou flagrante.

Da multa aplicada pelo PROCON e da redução dos honorários advocatícios

A sanção administrativa prevista no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor é legitimada pelo poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) que o Procon detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei n. 8.078/1990.

A propósito:

> Processual Civil. Multa do Procon municipal. *Quantum* arbitrado. Matéria não prequestionada. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 282-STF. Reexame de matéria fática. Súmula n. 7-STJ. Competência do Procon. Atuação da Anatel. Compatibilidade. Litigância de má-fé. Súmula n. 7-STJ.
>
> (...).
>
> *4. O entendimento do Tribunal recorrido, no sentido de que o Procon tem poder de polícia para impor multas decorrentes de transgressão às regras ditadas pela Lei n. 8.078/1990, está em sintonia com a jurisprudência do STJ, pois sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente os consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em*

> *lei, decorrentes do poder de polícia que lhe é conferido*. Acresça-se, para melhor esclarecimento, que a atuação do Procon não inviabiliza, nem exclui, a atuação da Agência reguladora, pois esta procura resguardar em sentido amplo a regular execução do serviço público prestado.
>
> 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.
>
> (REsp n. 1.178.786-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 8.2.2011.)

Ademais, a proporcionalidade do valor da referida multa administrativa foi graduada com base no contingenciamento substancial (na gravidade da infração, na eventual vantagem auferida e na condição econômica do fornecedor), de sorte que sua revisão implicaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência da Súmula n. 7-STJ.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Multa administrativa imposta pelo Procon. Revisão do *quantum*. Matéria fática. Exame de lei local. Súmula n. 280-STF.
>
> *1. É impossível conhecer do pedido de redução do valor da multa administrativa imposta ao agravante (instituição financeira) pelo Procon – em decorrência da violação ao dever de informação ao consumidor quanto ao prazo de baixa dos restritivos de contrato de* leasing *perante o Detran –, já que, por demandar revisão probatória – para se verificar a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, critérios previstos no artigo 57 do CDC – encontra óbice no Enunciado da Súmula n. 7-STJ*.
>
> (...).
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.135.719-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 6.10.2009, DJe 15.10.2009.)

Considerando que as instâncias ordinárias mantiveram o pagamento da multa administrativa no valor de R$ 459.434,97 (quatrocentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e noventa e sete centavos), não soa exorbitante a fixação dos honorários advocatícios em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), tampouco se fazendo possível seu reexame nesta via recursal, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

Nesse mesmo entendimento:

> Processual Civil. Pretensão recursal de revisão dos honorários advocatícios fixados pelo Tribunal de origem com base no critério de apreciação equitativa.

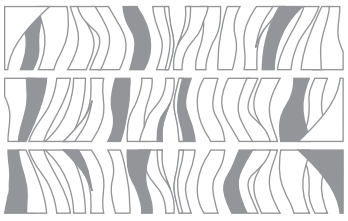
> Inadmissibilidade do recurso especial. Súmula n. 7-STJ. Embargos de declaração. Situação em que não foram opostos com intuito manifestamente protelatório. Afastamento da multa imposta pelo Tribunal de origem.
>
> (...).
>
> 2. *No caso, ao majorar os honorários advocatícios de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para 5% do valor da causa - valor este estipulado na petição inicial em R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) -, o Tribunal de origem elevou a verba honorária para uma quantia que, sem atualização, corresponde a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), verba que não se caracteriza como excessiva ou exorbitante*.
>
> (...).
>
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para afastar a multa imposta pelo Tribunal de origem.
>
> (REsp n. 1.329.954-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21.8.2012, DJe 28.8.2012.)

Em suma, fala-se, aqui, de produtos altamente conhecidos - "Coca-Cola", "Fanta", "Sprite" e "Kuat" -, em relação aos quais o consumidor já desenvolveu o hábito de guiar-se mais pela marca e menos pelos detalhes do rótulo. Exatamente por isso, o fornecedor deveria ter zelado, preventivamente, para que a informação sobre a redução de volume fosse deveras ostensiva, clara e precisa, preservando, assim, a confiança do consumidor.

Por conseguinte, o Tribunal de origem, a meu ver, conferiu adequada interpretação aos arts. 6º, inciso III, 31 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual o acórdão recorrido não merece reparo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.



Segunda Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 120.788-SP (2012/0011161-1)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Suscitante: União
Suscitado: Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP
Suscitado: Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara de São José dos Campos - SJ-SP
Interessado: Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais
Advogado: Marcelo Menezes e outro(s)
Interessado: Selecta Comércio e Indústria S/A

EMENTA

Conflito de competência. Reintegração de posse. Decisão proferida pela Justiça Estadual. Demanda autônoma ajuizada na Justiça Federal visando a revogar decisão de Juiz de Direito. Impossibilidade. Inexistência de hierarquia entre os ramos do Poder Judiciário.

1. Ação possessória na Justiça Estadual com liminar deferida e confirmada pelo Tribunal, determinando a desocupação de área. Demanda em que a União não é parte.

2. Ajuizamento, pela Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais, às vésperas da reintegração de posse, de medida cautelar visando a impedir o cumprimento da liminar emanada da Justiça Estadual, alegando interesse da União na causa.

3. Decisões conflitantes. Inexistência de hierarquia entre os ramos do Poder Judiciário. Impossibilidade de revogação de decisão da Justiça Estadual pelo Judiciário Federal.

4. A parte inconformada com a decisão liminar deve interpor os recursos adequados no momento oportuno. A União, se possuir interesse jurídico, deve manifestá-lo nos próprios autos da ação que tramita na Justiça Estadual, requerendo sua remessa à Justiça Federal para que esta examine o pedido (Súmula n. 150-STJ). Não cabe ajuizamento de nova demanda na Justiça Federal para obstar o cumprimento da liminar oriunda da Justiça Estadual.

5. Conflito admitido com a declaração de competência do Juízo Estadual para análise dos pedidos relacionados à reintegração de posse.

ACÓRDÃO

A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP para apreciar as questões relacionadas à reintegração de posse (cautelar e ações principais), restando prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão liminar, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho, Paulo de Tarso Sanseverino e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Marco Buzzi.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 4.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de conflito positivo de competência em que figura como suscitante a *União* e como suscitados o *Juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP*, o *Tribunal Regional Federal da 3ª Região* e, por consequência, o *Juízo Federal da 3ª Vara de São José dos Campos - SJ-SP*.

A controvérsia envolve a polêmica reintegração de posse da área conhecida como "Pinheirinho", localizada em São José dos Campos, no Estado de São Paulo, que abrigou, por mais de 8 (oito) anos, aproximadamente 1.700 famílias (cerca de 7.500 pessoas). A área pertence à massa falida da empresa *Selecta Comércio e Indústria S.A.*

O cumprimento da ordem judicial de reintegração teve início na madrugada do dia 22 de janeiro de 2012 (domingo). O presente conflito de competência

foi protocolizado no STJ às 15 horas e 10 minutos do mesmo dia, enquanto a reintegração estava em andamento. No momento da desocupação do imóvel, havia duas ordens judicias opostas, uma da Justiça Estadual determinando a reintegração e outra do Tribunal Regional Federal da 3ª Região mandando suspendê-la.

A possessória tramita, desde agosto de 2004, na Justiça Estadual. Nessa demanda, após sucessivas concessões e revogações da liminar, foi determinada a efetiva reintegração de posse.

No dia 17 de janeiro de 2012, a *Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais* ajuizou, no Juízo Federal da 3ª Vara de São José dos Campos, uma ação cautelar requerendo fosse concedida liminar para obstar o cumprimento da reintegração de posse (e-STJ fls. 26-54), alegando existir interesse jurídico da União na causa.

A Juíza Federal substituta deferiu a liminar na madrugada do dia 17 de janeiro de 2012 (e-STJ fls. 16-18). Contudo, na mesma data, a decisão foi reconsiderada pelo Juiz Federal titular da 3ª Vara Federal de São José dos Campos, ao argumento de ausência de interesse da União, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual, para o Juízo que havia ordenado a reintegração (e-STJ fls. 20-22).

Dessa decisão foi interposto agravo de instrumento, ao qual o Desembargador Federal relator concedeu antecipação de tutela para restabelecer a liminar obstativa da reintegração (e-STJ fls. 129-132).

Lê-se da decisão:

> Embora não haja uma exposição adequada da lide e de seus fundamentos, a pretensão cautelar formulada sugere que a associação deseja propor uma ação civil pública para a tutela de interesses relativos à ordem urbanística, definido pelo artigo 1º, VI, da Lei n. 7.2347/1985 como direito difuso.
>
> O pedido de condenação da União, do Estado de São Paulo e do Município de São José dos Campos ao cumprimento de obrigação de não fazer – impedimento à desocupação da área por forças de segurança pública – não revela outro propósito, a não ser o de reunir as condições necessárias a que, na ação principal, haja a regularização fundiária e a consolidação da posse das famílias no imóvel ocupado.
>
> Portanto, o requerimento de tutela de urgência visa a assegurar a eficácia de sentença que venha a condenar as entidades públicas à implantação de

regularização fundiária, com impactos positivos no desenvolvimento urbano e na condução do déficit habitacional.

A União tem interesse jurídico no conflito de interesses.

Tal determinação do magistrado federal, porém, não foi observada pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, que optou por dar continuidade à operação de reintegração da área conforme determinado pela Justiça Estadual.

Com a desocupação em andamento, a União suscitou o presente conflito de competência neste Tribunal, com pedido de liminar.

O então Presidente desta Corte, o eminente Ministro *Ari Pargendler*, no mesmo dia, indeferiu a liminar e designou como competente, em caráter provisório, o Juízo Estadual (e-STJ fls. 137-141). Dessa decisão, a *Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais* interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 161-181).

O *Juízo da 3ª Vara Federal de São José dos Campos-SP* prestou informações relatando o ocorrido (e-STJ fls. 220-221).

O *Juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP* informou ter consultado o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por ocasião dos fatos, que determinou o cumprimento da liminar de reintegração de posse (e-STJ fls. 127-128). Afirmou, ainda, ter a União demonstrado "total desinteresse em desapropriar a área" durante o curso do processo (e-STJ fls. 302-305).

Consultada se ainda teria interesse no julgamento do conflito após consumada a reintegração, a União manifestou-se pela continuidade do julgamento, pois "o imbróglio jurídico-processual persiste", com ações tramitando nas duas esferas da Justiça. Para a União, o Juízo Estadual deveria ter suscitado no STJ (e-STJ fls. 311-317).

Parecer do *Ministério Público Federal*, de lavra do douto Subprocurador-Geral da República *Edilson Alves de França*, pela declaração da competência do *Juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP* (e-STJ fls. 321-324).

Consta dos autos cópia de ação civil pública ajuizada pelo *Ministério Público Federal* formulando pedidos no interesse dos habitantes da referida área, mesmo no caso de efetivação da liminar de reintegração (e-STJ fls. 96-120).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Cumpre não desconhecer, de início, que a reintegração de posse de que trata este conflito de competência foi objeto da mais ampla repercussão e de acirrados debates em toda a sociedade, ocasião em que se cogitou da ocorrência de excessos no cumprimento da ordem judicial, do não esgotamento de negociações visando à solução pacífica do conflito, da violação de direitos fundamentais dos moradores, da desconsideração da dignidade da pessoa humana e de omissões dos órgãos governamentais para a solução do crônico problema social da moradia. É evidente que esse debate, em que pese sua relevância e gravidade, transborda dos limites deste processo de conflito de competência, que se resume a declarar o juízo competente para julgar a ação de reintegração de posse.

Posta a questão nesses termos, cabe-me reproduzir fragmento da precisa decisão do então Presidente desta Corte, o eminente Ministro *Ari Pargendler*, que indeferiu a liminar requerida no presente conflito (e-STJ fls. 137-141):

> A União não é parte na ação de reintegração de posse que tramita na Justiça Estadual. Pretende, no entanto, que a decisão nela proferida ceda à força da medida liminar concedida por Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O *decisum*, neste caso, foi exarado nos autos de agravo de instrumento extraído de ação cautelar proposta pela Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais contra a União, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos.
>
> Salvo melhor juízo, a ordem judicial, emanada da Justiça Estadual deve ser observada por todos, inclusive pelos demais ramos do Poder Judiciário. Nenhum juiz ou tribunal podem desconsiderar decisões judiciais cuja reforma lhes está fora do alcance (REsp n. 300.086-RJ, de minha relatoria, DJ 9.12.2002). A parte inconformada com a decisão judicial deve interpor os recursos próprios. Não existe "contraação" (*sic*) no nosso ordenamento jurídico.
>
> Indefiro, por isso, a medida liminar, designando o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível de São José dos Campos para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

A decisão não merece nenhum reparo e deve ser confirmada neste momento processual.

A jurisdição, enquanto poder e expressão da soberania estatal, é una, mas, como observa HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "seu exercício, na

prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuição entre os vários órgãos judiciários das atribuições relativas ao desempenho da jurisdição" (Curso de Direito Processual Civil, Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 186).

No sistema processual constitucional brasileiro, apenas o Supremo Tribunal Federal, na sua função de guardião da Constituição, é investido de competência para apreciar causas oriundas de quaisquer ramos do Judiciário. E, salvo nas hipóteses de cabimento de reclamação, isso se dá mediante a utilização dos recursos cabíveis e após o esgotamento das instâncias anteriores.

Nesse contexto, a determinação de reintegração de posse em apreço, proferida por Juiz Estadual de primeiro grau, somente seria passível de revisão pelo TJSP e, posteriormente, desde que presentes os requisitos, pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Competiria às partes interessadas, portanto, a interposição de recursos nos próprios autos em que proferida a decisão - e não o ajuizamento de uma nova medida judicial, em outro ramo do Judiciário, para revogar a ordem judicial.

Nesse sentido, precedente desta Corte:

> *Processo Civil. Ordem judicial. Observância pelos demais ramos de jurisdição*. A ordem judicial, irrecorrida, emanada da Justiça do Trabalho, inibindo o ajuizamento de execução na Justiça Comum Estadual, deve ser observada por todos, inclusive pelos demais ramos do Poder Judiciário; nenhum juiz ou tribunal podem desconsiderar decisões judiciais cuja reforma lhes está fora do alcance. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (REsp n. 300.086-RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 26.8.2002, DJ 9.12.2002, p. 339).

É nesse mesmo sentido o parecer lançado pelo *Ministério Público Federal*, da lavra do douto Subprocurador-Geral da República, Dr. *Edilson Alves de França* (e-STJ fl. 321):

> *Sumário: Conflito positivo de competência. Justiças Estadual e Federal. Ação possessória. Ordem de reintegração. Cautelar ajuizada na Justiça Federal. Decisão suspendendo a reintegração. Inexistência de hierarquia entre as Justiças Federal e Estadual. Ramos que não se subordinam. Ação de reintegração da qual a União não foi parte. Necessidade de observância, por todos, das ordens judiciais devidamente proferidas. Possibilidade de interposição de recursos próprios para a reforma do*

decreto judicial questionado. Parecer pelo conhecimento do conflito e pela atribuição de competência ao Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP.

Ademais, inaplicável ao caso o disposto na Súmula n. 150 desta Corte, para reconhecer a competência da Justiça Federal:

> Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

Com efeito, a União jamais requereu seu ingresso na demanda em trâmite na Justiça Estadual, manifestando as razões de seu interesse jurídico e remessa dos autos para a Justiça Federal.

A respeito, os seguintes precedentes, dois que deram origem à súmula e um atual:

> *- Ação de usucapião. Intervenção da União. Competência*.
>
> *- **Para intervir na causa, deve a União manifestar o seu interesse jurídico, demonstrando a que titulo se da essa intervenção. Entretanto, so a Justiça Federal cabe dizer da existência desse interesse***.
>
> *- Recurso conhecido e provido em parte*.
>
> (REsp n. 51.822-SP, Relator Ministro Antonio Torreão Braz, Quarta Turma, julgado em 25.10.1994, DJ 21.11.1994, p. 31.774).

> *Processual Civil. Competência. Ação civil publica. Agravo de instrumento. Companhia Siderúrgica Nacional*.
>
> I - ***Encontrando-se o agravo de instrumento no Tribunal de Justiça, a União Federal ingressou no feito na qualidade de assistente facultativo da Companhia Siderúrgica Nacional, tendo aquela Corte determinado a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região***. *Recebendo os autos, a Corte Regional Federal o interesse da União Federal de intervir no processo e ordenou a devolução dos autos ao Tribunal Estadual, que suscitou o presente conflito, insistindo na existência de interesse da União. Todavia, e da competência da Corte Federal e não da Estadual decidir sobre a ocorrência de interesse do ente federal.*
>
> II - *Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência do Tribunal de Justiça para prosseguir no julgamento do feito*.
>
> (CC n. 7.570-RJ, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Primeira Seção, julgado em 19.4.1994, DJ 9.5.1994, p. 10.790).

> Conflito de competência. Empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica. Ação proposta apenas contra a Eletrobrás. Intervenção no feito formulado pela União e negada pela Justiça Federal. Impossibilidade de revisão pela Justiça Estadual. Aplicação das Súmulas n. 150 e n. 254-STJ. Competência da Justiça Estadual.
>
> 1. Se a demanda envolvendo questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica foi proposta unicamente contra a Eletrobrás ou outra pessoa que não tenha a prerrogativa do foro federal, a competência é da Justiça Estadual.
>
> 2. *Somente se houver pedido da União de ingresso no feito, o processo há que ser deslocado para a Justiça Federal a fim de que esta examine o pedido*.
>
> 3. Acaso reconhecido o interesse da União na lide, a competência é da Justiça Federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. Acaso não reconhecido, a competência é da Justiça Estadual, na linha da Súmula n. 254-STJ: "A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual".
>
> 4. Em nenhuma hipótese poderá o Judiciário Estadual reconhecer o interesse da União na lide e determinar a competência da Justiça Federal. Aplicação da Súmula n. 150-STJ: "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas".
>
> 5. Tema já julgado em sede de recurso representativo da controvérsia: REsp n. 1.111.159-RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11.11.2009.
>
> 6. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suscitante.
>
> (CC n. 115.649-RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.9.2011, DJe 22.9.2011).

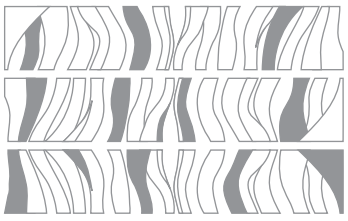
Nas informações prestadas neste conflito de competência, o *Juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP* fez questão de registrar ter oficiado a *União* em 2004, a respeito do interesse em desapropriar a área - ofício que não teria sido respondido (e-STJ fl. 305).

Sendo assim, não resta dúvida quanto à competência da Justiça Estadual para apreciar as questões relacionadas à reintegração de posse de que se trata. Nada obstante, outros pedidos em ação civil pública ou demanda que tenham a *União* como autora ou ré, por certo, serão da competência da Justiça Federal - nos termos das Súmulas n. 150 e n. 254 do STJ.

Diante do exposto, *admito* o presente conflito positivo para *declarar a competência* do *Juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos-SP* para apreciar as questões relacionadas à reintegração de posse (cautelar e ações principais).

Considerando o julgamento do conflito no mérito, *prejudicado* o agravo regimental da decisão liminar interposto pela *Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais*.

É como voto.



Terceira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.290.451-SC (2011/0261617-8)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Agravante: Tupy S/A e outros
Advogados: André Luiz Souza da Silveira e outro(s)
Sérgio Bermudes e outro(s)
Sílvia Domingues Santos e outro(s)
Agravado: Júlio dos Santos Oliveira Júnior e outro
Advogados: Márcio Herley Trigo de Loureiro e outro(s)
Olavo Rigon Filho e outro(s)
Agravado: Oliveira Júnior Advogados
Advogados: Acrisio Lopes Cançado Filho e outro(s)
Jose Renato Gaziero Cella e outro(s)
Márcio Herley Trigo de Loureiro e outro(s)
Marco Antônio Meneghetti e outro(s)
Marília de Almeida Maciel Cabral e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Agravo regimental. Recurso especial. Decisão monocrática do relator com infringência das Súmulas n. 5 e n. 7 do STJ. Provimento do agravo.

1. Deve ser reformada decisão monocrática do relator de recurso especial que, flagrantemente, contraria Enunciado de Súmula do STJ.

2. As instâncias ordinárias são soberanas na análise da necessidade da produção das provas requeridas pela parte, não cabendo ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar as bem fundamentadas razões adotadas pelo Tribunal *a quo* para concluir pela ocorrência de cerceamento de defesa no caso concreto.

3. Agravo regimental a que se dá provimento para não conhecer do recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 24.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão proferida pelo Ministro Massami Uyeda abaixo reproduzida:

> Cuidam-se de recursos especiais interpostos por *Júlio dos Santos Oliveira Júnior e Outro* e *Oliveira Júnior Advogados* fundamentados no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.
>
> Sustenta o recorrente *Júlio dos Santos Oliveira Júnior*, em síntese, violação aos arts. 420, parágrafo único, I, 145, 535, I e II, do CPC.
>
> Por sua vez, o recorrente *Oliveira Júnior Advogados*, aduz violação aos arts. 535, 11, 515, 105, 125, 1, 130, 131, 165, 330 I, 334 II, 420, 458, II do CPC; 22 da Lei n. 8.906/1994; 104, 166 e 167 do CC/2002; 6 da LICC, em razão do Tribunal ter acolhido a preliminar de cerceamento de defesa, anulando a sentença e determinando a baixa dos autos à primeira instância para produção de provas, não analisando os argumentos trazidos pelo recorrente, bem como a farta prova documental, alegando, assim, ser desnecessária prova pericial para verificar a licitude dos contratos.
>
> É o relatório.
>
> O recurso de *Júlio dos Santos Oliveira Júnior e Outro* e *Oliveira Júnior Advogados* merecem prosperar.
>
> Com efeito.
>
> *In casu*, o Tribunal não justificou devidamente a necessidade de prova pericial para o deslinde da questão, sendo que a motivação, consignada no v. acórdão

(fl. 3.285 e-STJ), é atinente, *in thesi*, as questões relacionadas ao juízo de valor exclusivo do magistrado e não matéria a ser apurada pelo perito, sendo, portanto, inócua para a solução da causa. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> *Embargos à execução. Juros usurários. Prova. Anulação do processo a partir do saneamento para admitir a a prova testemunhal. Perícia contábil. Prova inútil. Inexistência de cerceamento de defesa.*
>
> *- Pretensão de ampliar-se o quadro de cerceamento de defesa, estendendo-o à negativa da prova pericial, cuja realização, todavia, é de todo inócua à solução da causa. Prova pericial requerida sem nenhum motivo plausível. (REsp n. 526.530-MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJe 28.6.2005).*

Assim sendo, dá-se provimento aos recursos de *Júlio dos Santos Oliveira Júnior e Outro* e *Oliveira Júnior Advogados* para afastar o reconhecimento do cerceamento de defesa e determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para o prosseguimento do feito como entender de direito, mantida a sentença de fls. 3.055-3.089 e-STJ.

O imbróglio discutido nestes autos diz respeito a uma ação ordinária proposta pelas agravantes, *TUPY S.A. e Outras*, com vistas à decretação da nulidade de contratos de honorários advocatícios celebrados com os agravados, bem como a repetição de valores pagos, o reconhecimento de justa causa na rescisão dos contratos e indenização por prejuízos decorrentes de má prestação do serviço profissional pelo escritório e seus sócios.

O magistrado primevo, em julgamento antecipado da lide, decidiu pela improcedência do pedido.

O recurso de apelação interposto pelas ora agravantes foi provido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que reconheceu o cerceamento de defesa arguído e determinou a devolução dos autos à vara de origem para realização de instrução probatória.

Contra o acórdão estadual foram interpostos recursos especiais pelos agravados, os quais foram providos, monocraticamente, pelo relator à época, Ministro Massami Uyeda, decisão de que ora se agrava.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Procede a irresignação das agravantes.

Com efeito, é da jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça que as instâncias ordinárias são soberanas quanto ao juízo acerca da produção de provas e do exame de cláusulas contratuais, advindo desse entendimento a edição do Enunciados n. 5 e n. 7 de sua Súmula.

No caso dos autos, embora o magistrado de primeiro grau tenha procedido ao julgamento antecipado da lide, por considerar desnecessária a instrução probatória, o órgão colegiado que apreciou o recurso de apelação respectivo adotou posicionamento diverso, com a seguinte justificativa, *in verbis*:

> Mostra-se relevante à composição do litígio, a apuração e a elucidação de fatos, tais como, por exemplo, o efetivo ajuste dos 12 pactos entre as partes, o objeto ou objetos de cada um, a forma e os valores da remuneração dos contratos, os serviços prestados, a tempestividade das diligências, o efetivo êxito ou resultado em proveito da contratante, eventuais prejuízos por esta experimentado em razão de deficiente orientação ou defesa, em qualquer esfera de atuação dos advogados ou na condição de meros consultores, os pagamentos realizados, a relação entre as somas desembolsadas, as isenções, os créditos e as compensações favoráveis às empresas.
>
> E esses esclarecimentos só poderão ser obtidos mediante minuciosa auditoria, a ser realizada por técnico, com conhecimento específico nesse ramo (fls. e-STJ 3.360).

Diante de assertiva tão veemente proferida pelo órgão julgador estadual, não vejo como, sem ferir de morte os Enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula desta Corte, afirmar o contrário. Para fazê-lo, teria de examinar com profundidade os fatos já constituídos e analisar os contratos também juntados aos autos, o que, evidentemente, se afasta da missão constitucionalmente destinada ao STJ.

Como decidido no julgamento do AgRg no AREsp n. 212.601-MG, relatado pelo eminente Ministro Mauro Campbell Marques, nos termos do acórdão publicado no DJe de 11.10.2012:

> O acolhimento da pretensão recursal – no sentido de que o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento ao direito de defesa da recorrida – com a consequente reforma do acórdão impugnado, demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é possível em sede de recurso especial por força da Súmula n. 7-STJ.

Ante o exposto, *dou provimento ao agravo regimental para não conhecer do recurso especial interposto pelos agravados*, devendo os autos retornar à vara

de origem para que se proceda à colheita da prova tal como determinado no acórdão regional.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 509.304-PR (2003/0034681-0)

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
Recorrente: Apolar Imóveis Ltda.
Advogado: Jose do Carmo Badaro e outro(s)
Recorrido: José Riva Sobrinho
Advogado: Orimar Crocetti de Freitas e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Destinação final econômica. Vulnerabilidade. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor.

1. O contrato de administração imobiliária possui natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas - corretagem, agenciamento, administração, mandato -, não se confundindo com um contrato de locação, nem necessariamente dele dependendo.

2. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imovéis e essa administradora, e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação.

3. Na primeira, o dono do imóvel ocupa a posição de destinatário final econômico daquela serventia, vale dizer, aquele que contrata os serviços de uma administradora de imóvel remunera a *expertise* da contratada, o *know how* oferecido em benefício próprio, não se

tratando propriamente de atividade que agrega valor econômico ao bem.

4. É relação autônoma que pode se operar com as mais diversas nuances e num espaço de tempo totalmente aleatório, sem que sequer se tenha como objetivo a locação daquela edificação.

5. A atividade da imobiliária, que é normalmente desenvolvida com o escopo de propiciar um outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, pode também se resumir ao cumprimento de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono, tudo a evidenciar a sua destinação final econômica em relação ao contratante.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sidnei Beneti.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

DJe 23.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Apolar Imóveis Ltda*., com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná assim ementado:

Apelação cível. Ressarcimento de valores. Imobiliária. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de garantia de pagamento de alugueres, condomínio e impostos. Propaganda cujos termos integra o contrato e obriga o prestador de serviços. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte.

1. Evidencia-se no contrato de administração imobiliária típica atividade de prestação de serviço, em que há um prestador e um tomador de serviços: o proprietário que entrega o imóvel para administração e a imobiliária que o administra profissionalmente e mediante certa remuneração, sendo aquele o destinatário final dos serviços prestados, caracterizando-se desse modo como relação sujeita ao regramento do Código de Defesa do Consumidor.

2. A publicidade relativa aos serviços oferecidos, tal como a cláusula de garantia de pagamento de alugueres, condomínio e impostos, não se resume no seu atrativo para angariar clientela e auferir maior lucro, mas, por força de lei, integra o contrato que vier a ser celebrado (art. 30, CDC), tendo o efeito de obrigar o prestador de serviços.

3. Veiculada propaganda de que a garantia de pagamento dos alugueres, condomínio e impostos vale durante todo o tempo do contrato, mesmo que o inquilino não pague, tem-se como dúbia a cláusula que procura restringir a abrangência da garantia, seja quanto ao valor ou o tempo de sua validade, havendo nessas circunstâncias de ser interpretada de modo mais favorável ao consumidor (art. 47, CDC).

4. Se, embora procedente a pretensão de ressarcimento de valores, da importância pretendida é determinado abatimento de valores em montante considerável, tem-se que a procedência foi parcial e, conseqüentemente, configurada a sucumbência recíproca.

Nas razões do especial, a recorrente aponta a violação do artigo 2º do Código de Defesa ao Consumidor, sustentando, em síntese, que o proprietário que contrata imobiliária para administrar seu imóvel não se enquadra no conceito de consumidor por não ser o destinatário final econômico do serviço prestado.

As contrarrazões apresentadas foram anexadas às fls. 264-267 dos autos.

O recurso foi admitido por força do provimento do Ag n. 475.257-PR, em decisão da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (fl. 297).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): Cinge-se a controvérsia à caracterização da relação jurídica estabelecida entre as partes a fim de definir se o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à hipótese dos autos - um contrato de administração imobiliária firmado entre o proprietário e a sociedade empresarial ora recorrente.

Como se sabe, o legislador pátrio fez constar do corpo legislativo os conceitos de consumidor e de fornecedor (artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor) na salutar tentativa de facilitar a tarefa do intérprete.

Entretanto, tais conceitos, ainda hoje, mais de 20 anos após a edição da Lei n. 8.078/1990, provocam divergências e dúvidas quanto ao seu alcance, justificando a atuação dos tribunais na busca do estabelecimento de critérios jurisprudenciais capazes de solucionar as mais diversas questões envolvendo a definição de uma relação de consumo.

Nessas mais de duas décadas, paralelamente, duas correntes doutrinárias se formaram: a maximalista, que amplia o conceito de consumidor ao adquirente de bem ou serviço como destinatário final fático, e a finalista, que entende que o consumidor é aquele que adquire bem ou serviço como destinatário final econômico.

Na prática, os finalistas excluem do conceito o adquirente profissional, ou seja, aquele que adquire produto ou serviço como implemento de sua própria atividade econômica, e foi esta a teoria adotada pela jurisprudência deste Tribunal Superior.

Com efeito, a orientação jurisprudencial consagrada no âmbito desta Corte a partir de paradigmático acórdão desta Terceira Turma, lavrado por ocasião do julgamento, em 19.4.2005, do REsp n. 476.428-SC, cuja relatoria foi atribuída à Ministra Nancy Andrighi, é a de que

> O conceito de consumidor deve ser subjetivo, e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.
>
> Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final *fático* do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final *econômico*, isto é, a utilização deve romper a atividade

econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

(...) a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte *vulnerável* de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado*, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.

Esse esforço interpretativo une as duas correntes de pensamento acima referidas naquilo que é o traço característico da relação de consumo, a vulnerabilidade de uma das partes, culminando na vertente hoje denominada de *finalismo aprofundado*, que atualmente reverbera em vários precedentes desta Corte.

Por todos, destaca-se:

Consumidor. Definição. Alcance. Teoria finalista. Regra. Mitigação. Finalismo aprofundado. Consumidor por equiparação. Vulnerabilidade.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei n. 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir

> que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.
>
> 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).
>
> Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).
>
> 5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei n. 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.
>
> (...)
>
> 7. Recurso especial a que se nega provimento.
>
> (REsp n. 1.195.642-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 21.11.2012)

Portanto, saber se um destinatário final de um produto ou serviço se enquadra no conceito de consumidor é compreender, além da sua destinação, se a relação jurídica estabelecida é marcada pela vulnerabilidade daquele, pessoa física ou jurídica, que adquire ou contrata produto ou serviço diante do seu fornecedor.

A partir dessa premissa, em que pese certa hesitação inicial, juristas de renome vêm apontando a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de administração imobiliária, como bem ilustra a seguinte reflexão da Profª. Cláudia Lima Marques:

> (...)

> Quanto ao contrato de administração de imóvel, nas primeiras edições desta obra afirmei: "O proprietário que coloca o imóvel seu sob a administração da imobiliária, não pode ser caracterizado como consumidor *stricto sensu*, pois não é o destinatário final econômico. O bem está sendo, na verdade, colocado para render frutos civis, aluguéis - logo o proprietário, futuro locador, age como produtor, como fornecedor. Da mesma maneira, a sociedade imobiliária é fornecedora e o contrato entre eles está, em princípio, excluído do campo de aplicação do CDC. A exceção poderá ser aceita pela jurisprudência, se o proprietário, que coloca o imóvel a administração pela imobiliária, for de alguma forma 'vulnerável' segundo os princípios do CDC, a merecer a tutela especial da nova lei. Como se trata, geralmente, de contrato de adesão e cláusulas caracterizadamente unilaterais, a hipótese de exceção poderá efetivamente acontecer, principalmente com pessoas que só possuem um imóvel para alugar ou que de alguma forma especial são vulneráveis às práticas da imobiliária-fornecedor".
>
> *A jurisprudência destes 15 anos de CDC ensinou-me, porém, que esta situação de vulnerabilidade não é exceção, mas sim bastante comum, e que a relação entre o consumidor pessoa-física e leigo e a administradora de imóveis deve ser, sim, considerada uma relação de consumo, diretamente ou ao menos por equiparação, pois a destinação final do bem imóvel é suplantada pela fática, técnica, informacional e jurídica vulnerabilidade do proprietário.* (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª ed., São Paulo, 2005, p. 430 e 431, grifou-se)

Inevitável aderir à conclusão da ilustre jurista, reconhecendo-se a relação de consumo em casos tais, notadamente quando se leva em conta a orientação jurisprudencial acima colacionada. Sob o prisma da vulnerabilidade, a relação estabelecida entre o proprietário do imóvel e a administradora deve ser regida pelas disposições do diploma consumerista.

Nada obstante, tratando-se de contrato de natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas - mandato, corretagem, administração, locação - o contrato de administração de imóveis enseja uma (ao menos aparente) confusão exegética, aqui observada tanto na análise da abalizada doutrina acima transcrita quanto nas próprias razões recursais.

Isso porque no cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imovéis e a administradora, e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação.

Na primeira, cujo objeto, observa-se com nitidez, é um serviço que costuma envolver a divulgação, a corretagem e a própria administração - normalmente, mas nem sempre -, com vistas à futura locação, o dono do imóvel, sem sombra de dúvidas, ocupa a posição de destinatário final econômico daquela serventia, vale dizer, aquele que contrata os serviços de uma administradora de imóvel remunera a *expertise* da contratada, o *know how* oferecido em benefício próprio, não se tratando propriamente de atividade que agrega valor econômico ao bem, especialmente porque, como se sabe, é normalmente remunerada de forma independente, a preço fixo ou em forma de comissão, percentual que pode ou não recair sobre os próprios frutos civis decorrentes da eventual locação.

É relação autônoma que pode se operar com as mais diversas nuances e num espaço de tempo totalmente aleatório, sem até mesmo se obter sucesso na locação daquela edificação. Muito embora possa influenciá-lo, não depende, nem determina o negócio jurídico subjacente. Pode durar vários meses, anos, sem que se alugue, de fato, o apartamento, a casa, o terreno.

É de se ter presente, nesse passo, que a atividade da imobiliária é em regra desenvolvida com o escopo de propiciar um outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, mas pode também se resumir ao cumprimento de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono.

Portanto, sob qualquer ângulo que se examine a questão, parece evidente que o proprietário de imóvel que contrata imobiliária para administrar seus interesses é, de fato, destinatário final fático e também *econômico* do serviço prestado, revelando a sua inegável condição de consumidor.

Em consequência, somente circunstâncias muito peculiares e especiais seriam capazes de justificar o afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nesses casos, seja porque o contrato firmado é de adesão, seja porque é uma atividade complexa e especializada, seja porque os mercados se comportam de forma diferenciada e específica em cada lugar e período, tudo a presumir a vulnerabilidade do contratante.

Na hipótese vertente, em que se discute a abusividade de cláusula estabelecida em contrato de adesão, não se observa a hipótese de exceção, motivo pelo qual resta afastada a apontada violação do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.185.841-MT (2010/0047495-1)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Luís Antônio Siqueira Campos
Advogado: Lycurgo Leite Neto e outro(s)
Recorrido: Rio Paraná Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros
Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Mandado de segurança. Competência dos Juizados Especiais Cíveis. Ação de cobrança de honorários de advogado. Complexidade (art. 275, inciso II, do CPC) versus condenação superior a 40 salários mínimos.

1. Negativa de prestação jurisdicional inocorrente, em face do pontual e exaustivo exame, pelo acórdão recorrido, das questões alegadamente omissas quando da oposição de dois embargos de declaração.

2. Possibilidade de controle da competência dos Juizados Especiais mediante o mandado de segurança impetrado na Corte local. Inaplicabilidade do Enunciado n. 376-STJ.

3. Resolvida a questão relativa à legitimidade ativa da parte autora da ação de cobrança de honorários de advogado nos Juizados Especiais com base em elementos fático-probatórios, faz-se incidente o Enunciado Sumular n. 7-STJ.

4. O critério definidor da competência dos Juizados Especiais Estaduais, previsto no art. 3º, inciso I, da Lei n. 9.099/1995 (valor econômico da pretensão), não é cumulativo com o critério previsto no

inciso II, do mesmo dispositivo legal (ações enumeradas no art. 275, II, do CPC). Precedente.

5. Afastamento da multa aplicada na origem com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, em face do provimento do recurso especial.

6. *Recurso especial provido*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Raimar Abilio Bottega, pela parte recorrente: Luís Antônio Siqueira Campos.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 28.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Luís Antônio Siqueira Campos*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso que concedera a segurança postulada por *Rio Paraná Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros*, desconstituindo atos decisórios levados a efeito em juizado especial e determinando a remessa dos autos à Justiça Comum.

A ementa do aresto está assim redigida:

> *Juizados Especiais. Cobrança de honorários advocatícios. Valor expressivíssimo. Competência extrapolativa dos juizados especiais. Segurança interposta contra decisão das Turmas Recursais Cíveis. Admissibilidade. Matéria suscetível de*

conhecimento das Câmaras Reunidas Cíveis do Tribunal de Justiça e do Órgão Especial. Questão a ser construída por jurisprudência face a lacuna da Lei n. 9.099/2005. Competência que não pode ser deixada ao alvitre dos próprios juizados. Segurança concedida anulando-se os atos decisórios e remetendo o feito as vias ordinárias. 1) não tem competência os Tribunais para examinar as questões meritórias decididas pelos juizados salvo nas hipóteses de decisões de natureza teratológica. 2) não se insere nas vedações dos Tribunais o exame da questão da competência jurisdicional dos juizados especiais. 3) os juizados especiais foram criados para o cotejo de questões menos complexas e algumas com valor estipulado na lei não se inserindo entre sua competência a tramitação de lides de valor expressivo ou milionárias.

Foram opostos embargos de declaração, tendo estes sido rejeitados.

Em suas razões recursais, asseverou negar-se vigência aos arts. 113, 267, § 3º, 275, inciso II, 301, § 4º, 512 e 535 do CPC, além dos arts. 21, inciso VI, da Loman (LC n. 35/1979), 5º e 7º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, 3º, inciso II, da Lei n. 9.099/1995. Ressaltou, também, a presença de dissídio jurisprudencial.

Noticiou que o pedido de cobrança de honorários de advogado formulado nos juizados especiais foi julgado procedente e confirmado pela Turma Recursal em sede de recurso inominado.

Interposto recurso extraordinário, fora ele desprovido monocraticamente pelo e. Min. César Peluso, decisão confirmada em sede de agravo regimental e finalmente transitada em julgado, após a rejeição de embargos de declaração, isso em 11.12.2006.

A parte ré impetrou mandado de segurança, em 21.12.2005, contra ato da 1ª Turma Recursal Cível, o qual restou julgado procedente pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso, desconstituindo-se as decisões proferidas no juizado e determinando-se a remessa dos autos à Justiça Comum.

Asseriu ser incompetente o TJMT para o julgamento de *mandamus* contra decisão de Turma Recursal, na esteira do que prescreve o Enunciado n. 376-STJ, sendo competentes os Juizados Especiais para o processo e julgamento de pedido de cobrança de honorários de advogado, desimportando o seu valor, na esteira dos dispositivos dantes destacados e da jurisprudência desta Corte Superior, tendo em vista orientar-se a competência, no caso, unicamente em face da matéria discutida (art. 275, inciso II, **f**, do CPC).

Referiu não caber mandado de segurança como sucedâneo recursal e, especialmente, contra decisão já transitada em julgado. Finalizou postulando o afastamento da multa do art. 538 do CPC e, enfim, o provimento do recurso.

Houve contrarrazões. Asseriu-se, primeiro, não prequestionados certos dispositivos alegadamente afrontados no apelo excepcional e, segundo, atraído o Enunciado n. 7-STJ no que tange à alegação de coisa julgada. Referiu, ainda, que o *mandamus* fora impetrado antes do trânsito em julgado material em relação ao tema, e, também, do seu manejo tempestivo.

Asseriu que o recorrente age como terceiro interessado, pois sócio da empresa que titularizaria o vultoso crédito que se quer ver cobrado nos juizados especiais, destacando não impugnados, no recurso especial, fundamentos do acórdão voltados à incidência dos arts. 277 do CPC, 8º, 15 e 39 da Lei n. 9.099/1995, atraindo-se o Enunciado n. 283-STF. Finalizou dizendo descumpridos os requisitos para a demonstração da divergência e presente o direito líquido e certo reconhecido na origem. Postulou o desprovimento do recurso.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes colegas. O recurso especial merece ser provido.

A questão processual devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno da utilização do mandado de segurança para controle da competência dos Juizados Especiais Cíveis.

Com efeito, antes de se verificar o trânsito em julgado de acórdão das Turmas Recursais do Estado de Mato Grosso que reconheceu, além da competência dos Juizados Especiais para o processo e julgamento de ação de cobrança de honorários de advogado, a procedência do pedido, condenando a demandada ao pagamento de R$ 350.027,22, a ora recorrida - ré da ação de cobrança - impetrou mandado de segurança buscando, especialmente, controlar a competência dos juizados especiais para a análise da referida pretensão.

Alegou estarem sendo violados os arts. 3º, 8º, 15 e 39 da Lei n. 9.099/1995, pois inadmissível a formulação de pretensão que seria de pessoa jurídica (sociedade de advogados) junto aos juizados especiais, além de inadmissível formulação de pretensão que supere o valor de alçada legalmente previsto.

O recurso especial vem fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Tangente à alegada violação ao art. 535 do CPC, após longas razões, articuladas em cerca de oitenta laudos do recurso, aduziu o recorrente:

a) não ter o acórdão recorrido se manifestado acerca de todos os dispositivos suscitados no sentido da incompetência de Tribunais Estaduais para julgar mandado de segurança contra decisões dos juizados especiais;

b) existirem dois critérios para a fixação da competência dos JEC's.

Evidente a manifestação expressa pela Corte de origem, desde o acórdão que julgou o *writ*, perpassando pelos embargos de declaração, acerca da competência daquele sodalício em examinar, em sede de mandado de segurança, questões relativas à competência mesma dos juizados especiais, o que, aliás, ganha conforto na jurisprudência dominante desta Corte Superior.

Ilustro:

> Processo Civil. Competência dos Juizados Especiais. Controle. Mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça. Cabimento. Impetração. Prazo. Exceção à regra geral.
>
> 1. É cabível a impetração de mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça para realizar o controle da competência dos Juizados Especiais, ressalvada a autonomia dos Juizados quanto ao mérito das demandas. Precedentes.
>
> 2. O mandado de segurança contra decisão judicial deve, via de regra, ser impetrado antes do trânsito em julgado desta sob pena de caracterizar a incabível equiparação do *mandamus* à ação rescisória.
>
> 3. Como exceção à regra geral, porém, admite-se a impetração de mandado de segurança frente aos Tribunais de Justiça dos Estados para o exercício do controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado.
>
> 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.
>
> (RMS n. 32.850-BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 1º.12.2011, DJe 9.12.2011)

> Recurso ordinário em mandado de segurança. Controle de competência pelo Tribunal de Justiça. Juizados Especiais Cíveis. Mandado de segurança. Cabimento. Competência dos juizados para executar seus próprios julgados.
>
> 1. É possível a impetração de mandado de segurança com a finalidade de promover o controle de competência nos processos em trâmite nos juizados especiais.

2. Compete ao próprio juizado especial cível a execução de suas sentenças independentemente do valor acrescido à condenação.

3. Recurso ordinário desprovido.

(RMS n. 27.935-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 16.6.2010)

Não há qualquer omissão acerca da análise da competência dos juizados especiais, questão exaustivamente analisada pela Corte Mato-grossense.

Optou, em verdade, aquela Corte local, entendendo necessária a conjugação de critérios, material e do valor da causa, para a solução da competência dos juizados especiais, desatender a pretensão o requisito do valor da causa, reconhecendo a competência da Justiça Comum Estadual.

Verberou-se, expressamente, no acórdão recorrido que o valor de alçada deve ser aplicável a todos os casos submetidos à competência do Juizado Especial.

Inexiste, pois, qualquer dos vícios do art. 535 do CPC, afasto a alegação de negativa de prestação jurisdicional.

Passo ao exame do mérito do mandado de segurança.

Extrai-se do acórdão de origem, quanto à legitimidade ativa, que o instrumento procuratório fora conferido ao advogado (pessoa física), não havendo nele menção à pessoa jurídica (de que é sócio o autor), razão por que a legitimidade para a ação de cobrança seria do causídico, e não da sociedade de advogados.

Inviável a este Superior Tribunal rever as conclusões da Corte de origem, pautadas não só nos contratos celebrados, mas no pedido formulado na inicial da ação de cobrança e suas particularidades (extinção das ações em face de acordo extrajudicial firmado entre os litigantes e que daria azo à cobrança dos honorários pleiteados no juizado especial). A incursão fático-probatória é destacada e a sua análise é de exclusiva competência do Tribunal local, na esteira do Enunciado Sumular n. 7-STJ.

Quanto ao segundo argumento, condizente aos critérios para a definição da competência dos juizados, o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso pontificou, por sua maioria, que devem ser cumulados o valor de alçada referenciado no inciso I do art. 3º da Lei n. 9.099/1995 às ações indicadas no art. 275 do CPC.

Esta Colenda Terceira Turma já firmou entendimento em sentido contrário, reconhecendo a autonomia entre o critério relativo ao valor da causa, previsto no inciso I do art. 3º da Lei n. 9.099/1995, com a hipótese prevista no inciso II do art. 3º, consistente nas causas enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil.

Assim, o limite de quarenta salários mínimos não se aplica quando a lei abrira à parte a faculdade de propor a ação junto aos juizados especiais em face de sua menor complexidade, demanda esta elencada nas hipóteses inscritas no inciso II do art. 275 do CPC.

Nesse sentido:

> Processual Civil. Mandado de segurança. Juizado Especial Cível. Complexidade da causa. Necessidade de perícia. Condenação superior a 40 salários mínimos. Controle de competência. Tribunais de Justiça dos Estados. Possibilidade. Mandado de segurança. Decisão transitada em julgado. Cabimento.
>
> 1. Na Lei n. 9.099/1995 não há dispositivo que permita inferir que a complexidade da causa – e, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Cível – esteja relacionada à necessidade ou não de realização de perícia.
>
> 2. A autonomia dos Juizados Especiais não prevalece em relação às decisões acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas, ficando esse controle submetido aos Tribunais de Justiça, via mandado de segurança. Inaplicabilidade da Súmula n. 376-STJ.
>
> 3. O art. 3º da Lei n. 9.099/1995 adota dois critérios distintos – quantitativo (valor econômico da pretensão) e qualitativo (matéria envolvida) – para definir o que são "causas cíveis de menor complexidade". Exige-se a presença de apenas um desses requisitos e não a sua cumulação, salvo na hipótese do art. 3º, IV, da Lei n. 9.099/1995. Assim, em regra, o limite de 40 salários mínimos não se aplica quando a competência dos Juizados Especiais Cíveis é fixada com base na matéria.
>
> 4. Admite-se a impetração de mandado de segurança frente aos Tribunais de Justiça dos Estados para o exercício do controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado.
>
> 5. Recurso ordinário não provido.
>
> (RMS n. 30.170-SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5.10.2010, DJe 13.10.2010)

Assim, a conclusão do acórdão recorrido está em confronto com a orientação desta Corte, devendo-se, por isso, dar provimento ao recurso especial, denegando-se a segurança postulada.

Finalmente, em relação à alegação de violação ao art. 538, parágrafo único, do CPC, não assistiria razão ao recorrente.

Opuseram-se os primeiros embargos de declaração (fls. 754-773 e-STJ) com pretensão indisfarçavelmente reformadora, alegando-se que não fora proferida decisão teratológica pela Turma Recursal.

Julgados o embargos, que foram rejeitados em face dos propósitos reformadores, novos embargos de declaração foram interpostos (fls. 812-826 e-STJ) com as mesmas pretensões.

À fl. 816 (e-STJ), o embargante destacou *equivocado o julgamento* no que tange à competência do TJMT para julgar mandado de segurança contra decisão das turmas recursais e a *impossibilidade do seu manejo* em face de decisões recorríveis, quando já da ementa do acórdão que julgou o *mandamus* extrai-se expressa manifestação daquele colegiado acerca das presentes questões, afastando-as.

Correta, assim, em princípio, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, dispositivo que, em face dos fundamentos que se fizeram constar no recurso especial, não se mostraria violado.

Entretanto, como o voto é no sentido do provimento do recurso especial, denegando-se a segurança, tenho que não se mostra coerente a manutenção da multa, devendo ser afastada.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial para o fim de denegar a segurança postulada, afastando também a multa imposta na origem.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.229.044-SC (2010/0224824-2)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Recorrido: J M B
Advogado: Leandro Bernardi
Interessado: A V P B (menor)

Advogado: Aguinaldo Paulo Cavalli
Representado por: V P
Advogado: Aguinaldo Paulo Cavalli

EMENTA

Direito Civil. Recurso especial. Família. Criança e adolescente. Ação de anulação de registro de nascimento. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.

2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho.

3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao

recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 4 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 13.6.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público de Santa Catarina*, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional.

Ação: anulatória de assento de nascimento ajuizada por J M B, ora recorrido, em face do menor A V P B, representado por sua genitora, V P, na qual sustenta que "*apesar de ter certeza que não era o pai do Requerido, foi convencido pela mãe do Requerido a registrar o mesmo em seu nome, até porque tinha muita vergonha do que as outras pessoas iriam pensar e falar do mesmo, uma vez que iria passar por corno*" (fl. 7, e-STJ). Aduz, por isso, que "*a mãe do Requerido induziu o Requerente a erro substancial*" (fl. 7, e-STJ). Narra, ainda, que, por alguns anos, manteve relacionamento amoroso com a genitora do menor, "*vivendo como se casado fosse*", no entanto, "*a data do último relacionamento íntimo com a mãe do Requerido não coincidia com a data do nascimento do Requerido, e por esta razão simples não era o pai do Requerido*" (fl. 7, e-STJ). Requer, por fim, a anulação do registro de nascimento e, em consequência, a cessação do dever de pagar alimentos (fls. 5-11, e-STJ).

Contestação: suscita o menor a preliminar de coisa julgada, afirmando que o reconhecimento da paternidade deu-se por acordo homologado em juízo, em sentença já transitada em julgado. No mérito, alega que J M B e sua mãe puseram termo à relação conjugal em setembro de 1998, quando, então, o recorrido permaneceu afastado da cidade por longo período de tempo, inclusive à época de seu nascimento, 16.2.1999. Afirma que, tão logo sua mãe tomou conhecimento do retorno do recorrido, ajuizou a ação investigatória de paternidade, em que foi homologado o acordo (fls. 20-29, e-STJ).

Sentença: a i. Juíza de primeiro grau, acolhendo manifestação do Ministério Público, reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido e julgou extinto o processo, sem resolução do mérito (fl. 62-64, e-STJ).

Acórdão: o TJ-SC decidiu que "*com relação à ação de investigação de paternidade promovida contra o apelante, cuja sentença de procedência transitou em julgado, não houve a produção da prova pericial genética consistente no exame de DNA, pelo que, entendemos, justifica-se a quebra da coisa julgada*" (fls. 126-127, e-STJ). Consignou, ainda, que "*a manutenção da paternidade registral, mesmo que firmada de forma voluntária, só se justifica quando existe relação de um vínculo duradouro e contínuo entre as partes. Assim, comprovada na demanda a falta de afetividade do apelante para com o menor, não haveria razão para se mantê-la*" (fls. 140, e-STJ). E finalizou pronunciando que "*o registro de nascimento não pode prevalecer sobre a verdade biológica, sob pena de se estar acobertando uma mentira, a qual pode ser impugnada a partir do momento em que o menor registrado venha a completar a maioridade*" (fl. 145, e-STJ). Com esses fundamentos, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo recorrido para desconstituir a sentença impugnada, a fim de que se proceda, na primeira instância, à instrução do feito (fls. 119-148, e-STJ).

Recurso especial: interposto pelo *Ministério Público de Santa Catarina*, sob alegação de ofensa ao art. 535, inc. I, do CPC, bem como aos arts. 1.604 e 1.609, *caput*, ambos do CC-2002.

Contrarrazões: não foram apresentadas (fls. 247, e-STJ).

Admissibilidade recursal: às fls. 250, e-STJ.

Parecer do MPF: o i. Subprocurador-Geral da República, Maurício Vieira Bracks, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 301-315).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): A matéria controvertida consiste em definir se, àquele que reconhece voluntariamente a paternidade de criança, em relação à qual sabia da inexistência de vínculo biológico, assiste o direito subjetivo de propor posteriormente ação de anulação de registro de nascimento.

Segundo o acórdão, o exame pericial pelo método DNA, realizado extrajudicialmente, concluiu pela exclusão da paternidade biológica.

I. Da violação do art. 535, inc. I, do CPC.

Aduz a recorrente que houve violação do art. 535, inc. I, do CPC, porquanto o Tribunal de origem teria rejeitado seus embargos de declaração sem esclarecer a contradição apontada no acórdão, referente à existência de vício do consentimento.

Compulsando os autos, verifica-se que o TJ-SC apreciou de forma fundamentada e coerente as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios do recorrente.

A propósito, no voto condutor do acórdão ficou decidido, em síntese, que, embora o recorrido tenha registrado espontaneamente a criança, nunca houve entre eles qualquer convívio familiar ou laço de afetividade, de modo que não se justifica a manutenção do registro inverídico, com base apenas em vínculo meramente jurídico. O vício do consentimento, para a 4ª Câmara de Direito Civil, estaria no fato de ter o recorrido reconhecido a paternidade do menor porque viveu maritalmente com a mãe deste e gostava muito dela, sendo convencido a registrá-lo como se seu pai fosse.

Assim, não há contradição que impeça a compreensão do julgado. Inocorrência, portanto, da suposta infringência ao art. 535, inc. I, do CPC.

II. Da violação dos arts. 1.604 e 1.609, *caput*, ambos do CC/2002.

Houve o devido prequestionamento da matéria jurídica versada nos arts. 1.604 e 1.609, *caput*, do CC-2002, o que permite, em sua plenitude, o exame das teses desenvolvidas pelo recorrente.

Em suas razões recursais, o *Ministério Público do Estado de Santa Catarina* afirma que, "*seja pela ausência de alegação, pelo recorrido, de erro, falsidade do registro ou qualquer outro vício do consentimento, ou pela inexistência de indícios de sua ocorrência, seja pelo fato de o ato de reconhecimento de filiação ser irrevogável, constata-se inexistir autorização legal para a pretendida declaração de nulidade do registro civil*" (fl. 241, e-STJ).

O Tribunal de origem imprimiu à questão os seguintes contornos:

> No caso aqui sob apreciação, com relação à ação de investigação de paternidade promovida contra o apelante, cuja sentença de procedência transitou em julgado, não houve a produção de prova pericial genética consistente no exame de DNA, pelo que, entendemos, justifica-se a quebra da coisa julgada.
>
> (...)

> No caso em questão, com relação à paternidade biológica, foi juntada ao processo, pelo apelante, prova genética de exame de DNA, no qual afasta a paternidade em relação aos dois filhos, A. V. P. B. (apelado) e também de C.C. P. B. P., concluindo-se, então, que, embora seja o insurgente o pai registral do menor demandado, não é, todavia, o seu pai biológico.
>
> O apelante registrou espontaneamente o menor, faz-se certo; porém nunca conviveu com ele, pois o menor nasceu após a separação do casal, não oportunizando, assim, o convívio familiar de ambos.
>
> De outro lado, afiança o insurgente somente ter acedido em reconhecer a paternidade do demandado porque viveu maritalmente com sua mãe e gostava muito dela, sendo convencido a registrá-lo como se seu pai fosse, do que se depreende que, segundo o autor, não reconheceu ele a paternidade do apelado porque era pai, mas sim por apreço à mãe do mesmo.
>
> Percebe-se, assim, o vício de consentimento no ato, porquanto, muito embora seja o reconhecimento de filho irrevogável (Lei n. 8.560/1992, art. 1º e art. 1.609 do CC/2002), possível é a anulação do registro quando demonstrado ter sido ele realizado de forma viciada, como é o caso.
>
> E, a manutenção da paternidade registral, mesmo que firmada de forma voluntária, só se justifica quando existe relação de um vínculo duradouro e contínuo entre as partes. Assim, comprovada na demanda a falta de afetividade do apelante para com o menor, não haveria razão para mantê-la. (fls. 126-140, e-STJ - voto do relator)

Na espécie, é incontroverso o fato de que o recorrido registrou espontaneamente o menor, bem como o de que ele, à época, tinha "*certeza que não era o pai*" (fl. 7, e-STJ), como afirmou em sua inicial.

Com efeito, a paternidade foi reconhecida mediante acordo judicial, homologado em 14.10.1999 (fl. 32, e-STJ), o assento foi realizado em 5.3.1999 (fl. 31, e-STJ), e, só depois de quatro anos, J M B resolveu pedir a anulação do registro, alegando que "*foi induzido a erro pela genitora do Requerido, que praticamente obrigou o Requerente a fazer uma declaração de vontade viciada*" (fl. 8, e-STJ).

A princípio, deve ser ressaltado que a regra inserta no *caput* do art. 1.609 do CC-2002 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro.

Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar; o erro, pois, reside no desconhecimento da origem genética da criança, ou na conduta reprovável e mediante má-fé de declarar como verdadeiro vínculo familiar sabidamente irreal.

Logo, não há erro no ato daquele que registra como próprio filho que sabe ser de outrem, ou ao menos tem certeza de não ser seu, como o fez o recorrido com o menor A V P B.

Ademais, não é crível o argumento de que a mãe da criança o teria obrigado a "*fazer uma declaração de vontade viciada*", sobretudo porque esse reconhecimento da paternidade deu-se, como dito, por meio de acordo judicial. Aliás, o que sobressai dos autos é que o recorrido, ao registrar a criança, foi, em verdade, movido por um sentimento egoísta de "*vergonha do que as outras pessoas iriam pensar e falar do mesmo, uma vez que iria passar por 'corno'*" (fl. 7, e-STJ).

Assim, as alegações de que foi "*convencido a registrá-lo como se seu pai fosse*" ou de que reconheceu a paternidade "*por apreço à mãe do mesmo*" não configuram, ao contrário do que consta do acórdão do TJ-SC, vício do consentimento, e, portanto, não são, por si sós, motivos hábeis a justificar a anulação do assentamento, levado a efeito por quem, quatro anos antes, voluntariamente declarou, em juízo, assistido por seu advogado, ser o pai da criança.

E mais. Na mesma ocasião em que assumiu a paternidade do menino, o recorrido acordou que o visitaria livremente, e o teria consigo, inclusive, para leva-lo à casa dos avós paternos (fl. 32, e-STJ), o que evidencia que ele pretendia, ao menos à época, construir um vínculo de afetividade com a criança.

Nesse contexto, sob a ótica indeclinável de proteção à criança, ao visualizar os matizes fáticos descritos no acórdão impugnado, verifica-se, no processo em julgamento, que J M B reconheceu espontaneamente a paternidade de A V P B, cujo ato somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento. Isso é, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento do menor, é necessária prova robusta no sentido de que o *relutante pai* foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto, como pretende a todo custo fazer crer o recorrido. Nesse sentido: REsp n. 1.022.763-RS, Rel. minha relatoria, 3ª Turma, DJe de 3.2.2009; e REsp n. 1.059.214-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe de 12.3.2012.

Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, como ocorreu na hipótese dos autos, em que o próprio recorrido

manifestou que sabia não haver entre ele e o menino vínculo biológico e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. A afirmação no sentido de que a genitora da criança o obrigou a "*fazer uma declaração de vontade viciada*" não possui a pretensa força para caracterizar o aludido erro.

Ademais, ao valer-se do erro como causa de pedir, alegando, alguns anos depois, que registrou a criança por "*vergonha do que as outras pessoas iriam pensar e falar*", o recorrido demonstra, no mínimo, um comportamento contraditório, para não adentrar a senda da conduta inidônea, ou, ainda, da utilização da própria torpeza para benefício próprio, uma vez que pretende exonerar-se da obrigação de prestar alimentos. Entendimento que se aplica da mesma forma ao fato de buscar o recorrido valer-se de falsidade por ele mesmo perpetrada.

Acrescente-se que não se está, com isso, negando à criança o direito de conhecer sua origem genética, preocupação externada no voto condutor do acórdão. A busca pela ancestralidade – direito personalíssimo que possui tutela jurídica integral e especial – é pretensão que não se confunde com a constituição do vínculo de filiação, que pode ser biológico ou socioafetivo. Cito, a propósito, a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (Direito das Famílias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 611) sobre o tema:

> No campo da investigação da parentalidade, almeja-se o reconhecimento do estado de filiação, não havendo prevalência necessária do laço biológico, podendo estabelecer a condição paterno-filial por força de um vínculo genético ou socioafetivo, a depender do caso concreto. De outra banda, no âmbito da investigação de origem ancestral, o objetivo é mais simples e o objeto cognitivo do processo mais estreito: tão somente estabelecer a origem genética de alguém, independentemente de ter sido, ou não, estabelecido o vínculo filiatório.

Em situações como a dos autos, há que se ter em mente que a fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, em atenção ao interesse maior da criança.

À vista desses argumentos, é inaceitável que alguém, publicamente, se declare pai, consciente de que não o é, e, quando o *amor pela mãe da criança acaba*, simplesmente desista de sê-lo, se valendo da inexistência do vínculo biológico e da falta de convívio familiar.

Se o recorrido não manifestou vontade eivada de vício, impõe-se a reforma do acórdão impugnado.

Forte nessas razões, *conheço* do recurso especial e *dou-lhe provimento* para julgar improcedente o pedido veiculado na presente ação pelo ora recorrido e extinguir o processo com julgamento do mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC.

Inverto os ônus da sucumbência, condenando o recorrido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados estes no valor de R$ 100,00 (cem reais), ficando suspensa a exigibilidade da verba enquanto persistir o estado que justificou a concessão da assistência judiciária gratuita.

RECURSO ESPECIAL N. 1.251.728-PE (2011/0094947-5)

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Recorrente: Luiz Cavalcanti Lacerda
Advogado: Renato Sampaio Macedo e outro(s)
Recorrido: Jóia Lacerda e outro
Advogado: Ronnie Preuss Duarte e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Ação de interdição. Efeitos da sentença de interdição sobre as procurações outorgadas pelo interditando a seus advogados no próprio processo. Negativa de seguimento à apelação apresentada pelos advogados constituídos pelo interditando. Não ocorrência da extinção do mandato. A sentença de interdição possui natureza constitutiva. Efeitos *ex nunc*. Inaplicabilidade do disposto no art. 682, II, do CC ao mandato concedido para defesa judicial na própria ação de interdição. Necessidade de se garantir o direito de defesa do interditando. Renúncia ao direito de recorrer apresentada pelo interditando. Ato processual que exige capacidade postulatória. Negócio jurídico realizado após a sentença de interdição.

Nulidade. Atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação. Preclusão.

1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*.

2. Outorga de poderes aos advogados subscritores do recurso de apelação que permanece hígida, enquanto não for objeto de ação específica na qual fique cabalmente demonstrada sua nulidade pela incapacidade do mandante à época da realização do negócio jurídico de outorga do mandato.

3. Interdição do mandante que acarreta automaticamente a extinção do mandato, inclusive o judicial, nos termos do art. 682, II, do CC.

4. Inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao mandato outorgado pelo interditando para atuação de seus advogados na ação de interdição, sob pena de cerceamento de seu direito de defesa no processo de interdição.

5. A renúncia ao direito de recorrer configura ato processual que exige capacidade postulatória, devendo ser praticado por advogado.

6. Nulidade do negócio jurídico realizado pelo interdito após a sentença de interdição.

7. Preclusão da matéria relativa aos atos processuais realizados antes da negativa de seguimento ao recurso de apelação.

8. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

9. *Recurso especial parcialmente provido*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Frederico Preuss Duarte, pela parte recorrida: Jóia Lacerda.

Brasília (DF), 14 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

DJe 23.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de recurso especial interposto por *Luiz Cavalcanti Lacerda*, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que negou provimento ao agravo interposto no curso da ação de interdição proposta por *Jóia Lacerda e Outro*.

O acórdão recorrido foi ementado nos seguintes termos:

> Direito Civil e Processual Civil. Interdição provisória. Retroação dos efeitos. Cassação de mandatos. Sentença. Interdição definitiva. Decreto de incapacidade absoluta. Apelação. Decisão terminativa de inadmissibilidade. Ausência de poderes de representação dos causídicos. Agravo regimental. Alegação de cerceamento do direito de defesa. Reconhecimento de cessação dos efeitos das procurações outorgadas pelo interditado. Recurso improvido. Decisão unânime.
>
> - A cessação dos efeitos das procurações outorgadas é uma das consequências desencadeadas pelo decreto de incapacidade absoluta do interditado (CC/2002, artigo 1.773);
>
> - Precedentes do STJ.

Em suas razões, a parte recorrente alegou a violação dos arts. 1.182 e 1.184 do Código de Processo Civil, afirmando que seus procuradores tiveram desconsideradas suas petições no processo desde a decisão de interdição provisória, em clara afronta ao direito de defesa e ao direito de apresentar recurso. Afirmou que devem permanecer hígidos os poderes decorrentes do mandato judicial conferido para a ação de interdição. Ressaltou que, a prevalecer o entendimento do Tribunal de origem, a interdição provisória cassaria o próprio direito de defesa do interditando. Requereu o provimento do recurso, para que seja reconhecida a nulidade dos atos judiciais posteriores à cassação dos poderes de seus defensores (fls. 32-38).

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 60-68, em que se alegou, preliminarmente, a ausência de legitimidade representativa dos subscritores do recurso especial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 104-106).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas, merece parcial provimento o presente recurso especial.

Inicialmente, ressalto que a preliminar arguida pelos recorridos - de ilegitimidade dos subscritores do recurso especial para atuar em juízo nome do recorrente - confunde-se com a própria controvérsia submetida a este Superior Tribunal, razão pela qual deve ser analisada juntamente com o mérito.

O recurso especial deve ser conhecido, uma vez que os dispositivos legais apontados como violados encontram-se devidamente prequestionados, embora não tenha havido expressa menção a eles no acórdão recorrido.

Ocorre que o Tribunal de origem analisou detidamente o art. 1.773 do Código Civil, que tem redação semelhante e guarda norma equivalente àquela prevista no art. 1.184 do Código de Processo Civil, cuja violação ora se alega.

Ademais, a questão central devolvida ao conhecimento desta Corte foi devidamente analisada e discutida no acórdão recorrido.

A controvérsia versa acerca da possibilidade de a sentença de interdição acarretar a extinção do mandato outorgado pelo interditando aos advogados responsáveis por sua defesa judicial na própria ação de interdição.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco inadmitiu o recurso de apelação interposto pelos advogados constituídos pelo interditando contra a sentença que julgara procedentes os pedidos veiculados na ação de interdição.

No acórdão recorrido, reconheceu-se que a interdição provisória, por ter natureza declaratória, fez cessar imediatamente e com eficácia *ex tunc* todos os efeitos das procurações outorgadas pelo interditando, cassando inclusive os poderes concedidos para sua defesa na própria ação de interdição.

O recorrente afirmou ter havido violação dos arts. 1.182 e 1.184 do Código de Processo Civil e sustentou que a interpretação dada pelo Tribunal de origem aos referidos dispositivos legais acabou por cercear o seu direito de defesa.

Assiste razão ao recorrente.

A sentença de interdição, ao contrário do que se afirmou no acórdão recorrido, não tem natureza meramente declaratória, porquanto ela não se limita a declarar uma incapacidade preexistente.

Sua finalidade precípua é, em verdade, a de *constituir* uma nova situação jurídica, qual seja, a de sujeição do interdito à curatela.

Essa é a precisa lição do ilustre **Barbosa Moreira** (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental.* In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986):

> Está fora de dúvida que a causa da incapacidade é a alienação mental, não a sentença de interdição.
>
> (...)
>
> Corretissimamente se dirá, portanto, que a incapacidade não é gerada, mas apenas reconhecida pela sentença; ou seja, que aquela preexiste a esta. Daí não se infere, todavia, que a decretação da interdição seja ato meramente declaratório. Interditar uma pessoa não se reduz, em absoluto, a proclamar-lhe, pura e simplesmente, a incapacidade. Consiste, sim, em submetê-la a peculiar regime jurídico, caracterizado pela sujeição à curatela. "Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela", reza a parte inicial do art. 453 do CC. "Decretando a interdição", ecoa o art. 1.183, parágrafo único, do CPC, "o juiz nomeará curador ao interdito". Nisso - e não no mero reconhecimento da incapacidade - é que reside o *quid* específico da sentença.
>
> Vistas as coisas por tal prisma, não se pode deixar de perceber no ato feição constitutiva. Se ele não cria a incapacidade, cria de certo, para o incapaz, situação jurídica nova, diferente daquela em que, até então, se encontrava. Considerar a sentença como "declaratória do estado anterior", é fruto de um desvio de perspectiva: olha-se para a incapacidade como se fosse o objeto do pronunciamento judicial, quando ela é apenas o fundamento da decisão. O que na realidade importa comprar com o "estado anterior" é a sujeição do interditando à curatela - e, aí, a inovação claramente ressalta.

Seus efeitos, assim, propagam-se *ex nunc*, uma vez que apenas a partir da sentença de interdição é que se passa a exigir, para os todos os atos da vida civil, que o interdito seja assistido ou representado pelo curador.

Os atos praticados anteriormente, quando já existente a incapacidade, devem efetivamente ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença de interdição.

Para tanto, deve ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, em que se deve ser demonstrada que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização.

A corroborar esse entendimento, cito trecho de parecer do eminente Ministro **Carlos Thompon Flores**, que, embora afirmasse o caráter declaratório da sentença de interdição, também concluiu não haver nulificação automática dos atos realizados anteriormente (FLORES, Carlos Thompson. *Efeito da Sentença de Interdição.* In: *Revista de Processo*. Ano 36. vol. 193. p. 513. Março de 2011):

> E nulos, também, são aqueles atos praticados antes da sentença, dependendo, então, de propositura de ação autônoma, proposta por quem de direito, e onde se fará prova da incapacidade daquele que, mais tarde, veio a ser interditado.
>
> Pode acontecer mesmo que nem ocorra sentença declaratória de interdição. É bastante no procedimento judicial que se instaurar se faça prova de insanidade, pois, esta é que torna o ato nulo.

Desse modo, a outorga de poderes aos advogados subscritores do recurso de apelação, enquanto não for objeto de ação em que se comprove sua nulidade por incapacidade do mandante à época da constituição, deve ser mantida hígida, não podendo ser atingida pela sentença de interdição.

A dificuldade, porém, reside no fato de que, nos termos do art. 682, II, do Código Civil, a interdição do mandante acarreta automaticamente a extinção do mandato, inclusive o judicial.

Segundo **Araken de Assis**, em comentário específico acerca do referido dispositivo legal, a extinção se faz necessária não apenas pela impossibilidade de se obrigar o mandante pelos atos realizados pelo mandatário após a sentença de interdição, mas também pelo desaparecimento da relação de confiança sobre a qual se funda o mandato (ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão agência e distribuição, corretagem, transporte*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 116-117):

> De um lado, o mandante, uma vez interditado, não poderá obrigar-se pessoalmente, e, de outro, o mandatário ficará impossibilitado de executar sua incumbência.

> (...)
>
> Apresentado provimento de interdição, ainda sujeito a recurso, a representação do outorgante passará ao seu curador, que poderá, ou não, outorgar novo mandato ao mesmo outorgado. Do ponto de vista deste, subentende-se que relação de confiança, estritamente pessoal, desapareceu com a interdição, dependendo a renovação do vínculo da pessoa do curador.

Contudo, conquanto a referida norma se aplique indistintamente a todos os mandatos, entendo necessária uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico pátrio, permitindo afastar a sua incidência ao caso específico do mandato outorgado pelo interditando para a sua defesa judicial na própria ação de interdição.

O art. 1.182, § 2º, do Código de Processo Civil, ao tratar da curatela dos interditos, prevê expressamente a possibilidade de o interditando constituir advogado para defender-se na ação de interdição.

O art. 1.184 do mesmo diploma legal, por sua vez, determina que a sentença de interdição, embora produza efeitos desde logo, está sujeita a apelação.

Ora, se os advogados constituídos pelo interditando não puderem, em seu favor, interpor o recurso de apelação, haverá evidente prejuízo à sua defesa, mormente nos casos - como o presente - em que a pessoa nomeada como curadora integrou o polo ativo da ação de interdição.

Há, nesse caso, evidente conflito de interesses entre a curadora, que, a partir da sentença, deveria assistir ou representar o interdito, e o próprio interditando.

Com efeito, enquanto a curadora desde o início da ação pretendeu a interdição, o interditando não apenas resistiu a ela como ainda exerceu seu direito de nomear advogados para atuar em sua defesa.

Reconhecer a extinção do mandato, nesse caso específico, ensejaria evidente prejuízo ao seu direito de defesa, inclusive em face da colisão de seus interesses com os de sua curadora.

Não se olvide que a interdição se dá, em princípio, no próprio interesse e em benefício do interditando.

J. M. de Carvalho Santos, ainda na vigência da legislação anterior - que, todavia, não se alterou quanto ao ponto - chamava a atenção para o fato de que a sentença de interdição, embora produza efeitos desde logo quanto aos atos da vida civil, não atinge os atos do próprio processo, sob pena de afronta ao direito de defesa do interditando, *verbis* (DE CARVALHO SANTOS, J. M. *Código*

Civil brasileiro interpretado: principalmente sobre o ponto de vista pratico. Vol. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, p. 406-409):

> Um outro argumento, que foi manejado com o brilho de sempre pelo dr. Jair Lins (Rev. Forense, vol. 43, cit.), surge em campo, procurando-se com elle sustentar que, uma vez decretada a interdicção por sentença, desapparecem os poderes outorgados ao procurador que defendeu até então o interdicto, em vista do texto expresso do art. 1.316 n. II do Cod. Civil, ao preceituar: cessa o mandato: pela morte ou interdicção de uma das partes.
>
> Este argumento, sem duvida, é o de mais força de quantos têm sido apresentados. Mas, a nosso ver, ainda assim, não procede, porque a interdicção para que produza o effeito de fazer cessar o mandato, precisa ser definitivamente julgada.
>
> Pouco importa que o Codigo, no artigo 452, diga que a sentença produzirá desde logo effeitos, embora sujeita a recurso, por isso que, como já vimos, os effeitos a que se refere a lei são os relativos aos actos da vida civil e não os que se ligam ao proprio processo, que continua, prosegue, não tendo fim com essa sentença.
>
> (...)
>
> De facto, não haveria razão para o Codigo se afastar dessa sua orientação, que, antes de mais nada, traduz o seu respeito pela liberdade de defesa, que para ser completa exige tambem a liberdade de recorrer.
>
> (...)
>
> A situação, portanto, é precisamente esta: a sentença de interdicção produz effeitos desde logo, nos termos da lei, mas não alcança o mandato anteriormente outorgado pelo interdicto, de vez que a cessação delle está dependendo da decisão definitiva da acção.
>
> (...)
>
> O que se pode concluir deante do que vem de ser exxposto, em resumo, é que o interdicto pode appellar, porque a isso não se oppõe o Codigo Civil que não considera cessado o mandato eis que seja proferida a sentença de interdição em primeira instancia. Si verdade não fosse, por outro lado, que a appellação, como diz o aresto do Tribunal da Relação de Minas, é direito natural, e, portanto, sempre se admitte, a menos que haja texto de lei em contrario.

Na mesma linha, era a posição de **Pontes de Miranda** (DE MIRANDA, Pontes. *Tratado das Ações*. Tomo IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 11):

> O interditando pode ter advogado, tanto assim que pode recorrer. Se o tem, nem por isso se há de dispensar o defensor do incapaz (3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de fevereiro de 1952, R. dos T., 200, 298; 2º Grupo de Câmaras Civis, 21 de agosto de 1952, 204, 164; 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas gerais, 22 de abril de 1950).

Deve-se reconhecer, portanto, que permanece válido e eficaz o mandato concedido pelo interditando para sua defesa judicial na ação de interdição.

Note-se que, ao contrário do que se afirmou no Tribunal de origem, o "Termo de Declaração e Renúncia ao Direito de Recorrer" assinado pelo interdito à fl. 1.557 não tem o condão de produzir qualquer efeito nos autos.

De um lado, a renúncia ao direito de recorrer nada mais é do que um ato processual, privativo de advogado, para o qual se requer capacidade técnica.

O signatário, portanto, não possui capacidade postulatória para tanto.

Nesse sentido, cito julgado deste Superior Tribunal:

> Processo Civil. Renúncia a recurso. Capacidade postulatória. Renuncia a recurso manifestada pela parte pessoalmente. Impossibilidade. Trata-se de ato estritamente processual, cuja prática exige capacidade postulatoria. Recurso conhecido e provido. (*REsp n. 63.501-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Min. Costa Leite, Terceira Turma, julgado em 5.3.1996, DJ 10.3.1997, p. 5.964*)

De outro lado, o referido termo, por configurar negócio jurídico realizado pelo interdito após a sentença de interdição, se afigura claramente nulo.

Valho-me, mais uma vez, da lição do ilustre **Barbosa Moreira** acerca do tema (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental.* In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986):

> Diferente a situação - escusado sublinhá-lo - no que concerne aos atos praticados, já nessa condição, pelo próprio interdito. Para esses, a alegação de nulidade prescinde de outra prova que não a de estar ele, ao praticá-los, sob interdição. A causa da nulidade continua a ser, indubitavelmente, a incapacidade; e a causa desta, por sua vez, continua a ser a alienação mental. Mas a vigência da interdição torna supérflua (e incabível) qualquer tentativa de remontar à discussão da anomalia psíquica. É que, uma vez decretada aquela, o alienado mental só pode praticar atos jurídicos por intermédio de seu representante, o curador (CC, art. 453, c.c. o art. 426, I), e não lhe será lícito voltar a praticá-los pessoalmente senão depois que, por nova sentença, lhe for levantada a interdição.

> Não sem propósito se tem falado, a esse respeito, de uma presunção *iuris et de ire* de incapacidade; entende-se: afastável mediante o processo de levantamento, e só por esse meio. Inexiste, portanto, simetria: praticados antes da interdição, os atos do interdito *podem* declarar-se nulos se provada a incapacidade; praticados, contudo, na sua vigência, *não* se podem declarar válidos: a ninguém aproveitará tentar provar que o interdito, ao realizá-los, já estava curado e, por isso, era capaz.

Portanto, permanecendo hígida a constituição de advogados pelo interditando, deve ser admitido o recurso de apelação interposto contra a sentença de interdição.

Ressalto, por fim, que o recurso especial apenas não merece total provimento pelo fato de o recorrente ter buscado não apenas a admissibilidade do apelo, mas também a anulação de todos os atos judiciais posteriores à decisão que, após a interdição provisória, negou vista dos autos aos advogados constituídos pelo interditando, por entender estarem cassados seus poderes.

A matéria relativa aos atos processuais realizados antes da negativa de seguimento à apelação, a toda evidência, encontra-se preclusa, considerando não ter sido interposto em tempo hábil o respectivo recurso.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para, reconhecendo a vigência do mandato outorgado aos procuradores constituídos pelo interditando, admitir o recurso de apelação interposto, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, para que proceda a seu julgamento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.263.234-TO (2011/0108671-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: K T C da R R
Advogados: João Costa Ribeiro Filho
Martinelli Santos Estefanelli e outro(s)
Recorrido: R C R
Advogado: Fábio Wazilewski e outro(s)

EMENTA

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Separação. Julgamento *extra petita*. Regime de bens. Efeitos sobre o patrimônio comum anterior ao casamento.

1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento *extra petita*, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato.

2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte.

3. Deduzido pedido para a partilha de todo o patrimônio amealhado durante o casamento, engloba-se, por conclusão lógica, precedentes períodos ininterruptos de convívio sob a forma de união estável ou sociedade de fato, porque se constata a existência de linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto.

4. Convolada em casamento uma união estável ou sociedade de fato, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial.

5. A não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, caracterizado como sociedade de fato ou união estável, importa na prorrogação da co-titularidade, antes existente, para dentro do casamento, sendo desinfluente, quanto a esse acervo, o regime de bens adotado para viger no casamento.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das

notas taquigráficas constantes dos autos, após o indeferimento do pedido de retirada de pauta (Pet. n. 185.396/2013), por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). João Costa Ribeiro Filho, pela parte recorrente: K T C da R R.

Brasília (DF), 11 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por K. T. C. da R. R., fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-TO.

Ação: de separação judicial, arrolamento e partilha de bens adquiridos na constância do relacionamento, ajuizada pela recorrente em face de R. C. R.

Sentença: julgou procedente o pedido, em julgado assim fundamentado:

> Ante todo o exposto, tenho que a separação do casal se impõe e assim o faço, com fundamento no que dispõe o Art. 5º, § 1º da Lei do Divórcio, em vigor por ocasião da propositura desta ação, declarando cessados entre os cônjuges os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime matrimonial de bens, *reconhecendo a existência entre eles, de um período anterior de convivência, em união estável*, por dois anos, determinando, assim, seja a guarda da filha comum, visitas, alimentos, o nome da mulher e partilha dos bens dirimidos dentro dos parâmetros acima fixados. (sem grifos no original). (fls. 203, e-STJ).

Acórdão em apelação: por maioria, deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, nos termos da seguinte ementa:

> *Apelação cível. Ação de separação litigiosa. Julgamento* extra petita. *Dissolução da socieade conjugal anterior a vigência das Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996. Construção da casa em terreno do apelante. Lote em litígio integralizado no capital social da sociedade. Venda de parte das cotas sociais*. 1) Mesmo sendo desejo da Apelada pedir o provimento jurisdicional referente a declaração da sociedade de fato em período anterior ao casamento, nessa parte não o pediu; logo o direito não lhe pode ser dado, pois a sentença deve ficar restrita aos limites da lide

> impostos nos pedidos. 2) Quando as Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996 entraram em vigência, já não mais existia a provável situação de fato, pois as partes já se encontravam casadas sob a égide do regime jurídico do casamento realizado no ano de 1192, portanto impossível aplicação retroativa dessas leis aos presente caso. 3) Construção de casa em terreno de propriedade do Apelante. Falta de comprovação pela Apelada, da contribuição em dinheiro ou como seu trabalho, para a referida construção. 4) Do conjunto probatório aliada à robusta prova testemunhal e aos usos e costumes comerciais – tenho como suficientemente provada a alienação feita pelo Apelante de 50% (cinquenta por cento) das cotas sociais do Posto Tucunaré Ltda. Restando ao Apelante e Apelada 45% (quarenta e cinco por cento) das referidas cotas, sobre as quais a Apelada terá o direito a 22,5% (vinte e dois e meio por cento).

Acórdão em Embargos Infringentes: por força do provimento do REsp n. 1.095.840-TO, de minha relatoria, o Tribunal de origem procedeu a análise dos embargos infringentes, negando-lhe provimento, nos termos da seguinte ementa:

> Embargos infringentes. Ação de separação. Reconhecimento de união anterior ao casamento. Regime de bens. Desprovimento.
>
> Tendo as partes, ao se casarem, optado pelo regime de comunhão parcial, demonstram de forma cristalina a exclusão da comunhão dos bens anteriores à data do casamento, preservando o patrimônio individual de cada um.
>
> Inaplicabilidade, ainda que por analogia, das disposições prescritas na Lei n. 9.278/1996.
>
> Incidência de normas legais e orientações jurisprudenciais que versam sobre concubinato, especialmente a Lei n. 8.971/1994 e a Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, delimitando que a atribuição à companheira ou ao companheiro de metade do patrimônio vincula-se diretamente ao esforço comum, consagrado na contribuição direta para o acréscimo ou a aquisição de bens mediante o aporte de recursos ou força de trabalho.
>
> Estando bem avaliada a questão posta em análise em consonância com as provas coligidas nos autos e com o entendimento jurisprudencial dominante, há que serem desprovidos os embargos infringentes e mantido o voto vencedor (fls. 293-305), o qual reformou a sentença monocrática.
>
> Embargos desprovidos. (fl. 757, e-STJ).

Acórdão em Embargos de Declaração: por unanimidade, rejeitaram os embargos de declaração interpostos pela recorrente.

Recurso especial: alega violação dos arts. 128, 293 e 471 do CPC, bem como divergência jurisprudencial. Sustenta que: i) a apelação interposta pelo

recorrido deve ser considerada intempestiva, pois protocolizada após o prazo legal, que teria começado a fluir com a ciência inequívoca do teor da sentença, fato ocorrido antes da publicação do julgado; ii) a sentença não foi *extra petita*, pois solveu a questão que lhe foi trazida nos limites da inicial e iii) o Tribunal de origem divergiu do entendimento do STJ quanto aos efeitos da opção pelo regime de bens escolhido, sobre o patrimônio amealhado durante sociedade de fato.

Contrarrazões: Afirma incidir o óbice da Súmula n. 7-STJ, em relação à questão afeta à tempestividade da apelação e, quanto ao mérito, aduz que não houve pedido de reconhecimento de união estável precedente ao casamento e nem tampouco divisão patrimonial de bens possivelmente adquiridos neste período, razão pela qual o acórdão deve ser mantido.

Sustenta, ainda, em relação à necessidade de renúncia expressa para exclusão de bens do regime de comunhão parcial de bens, que a matéria somente foi abordada pela recorrente em embargos de declaração, não merecendo, assim, apreciação na estreita via do recurso especial.

Às fls. 1.387-1.393, Parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, pelo não provimento do recurso especial.

Relatado o processo, decide-se.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia, além de dirimir questão relativa à tempestividade de recurso interposto na origem, em definir se houve julgamento *extra petita* e, na hipótese de afastamento desse empeço, analisar os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato.

I - Do prequestionamento.

Constata-se a expressa manifestação do Tribunal de origem quanto à tempestividade da apelação, existência de julgamento *extra petita* e em relação às consequências patrimoniais da opção pelo regime da comunhão parcial de bens em relação à sociedade de fato, ocorrida antes do matrimônio.

Dessa forma, suprida a necessidade do prévio prequestionamento para a análise do recurso especial, passa-se ao exame da controvérsia.

II - Da tempestividade da apelação – violação do art. 471 do CPC e divergência jurisprudencial.

A insurgência recursal, no particular, não merece trânsito pois se constata que a matéria foi objeto de deliberação judicial em agravo de instrumento julgado na origem, que confirmou a tempestividade do recurso de apelação, sem que a recorrente refutasse oportunamente as conclusões do Tribunal de origem para o tema.

Assim, inviável se reavivar, na estreita via do recurso especial, esse debate.

III - Da extensão do pedido inicial e do julgamento *extra petita* – violação dos arts. 128 e 293 do CPC e divergência jurisprudencial.

A primeira questão que exsurge como necessária à solução da controvérsia volta-se para a apreciação da extensão do pedido de separação judicial formulado pela recorrente, e se este abrange pleito relativo ao reconhecimento e dissolução da sociedade de fato que precede ao casamento, e suas consequências patrimoniais.

A única menção formulada pela recorrente quanto ao período anterior ao casamento que manteve com o recorrido, no qual conviviam sob a forma de sociedade de fato, encabeça a narrativa fática da inicial, nos seguintes termos:

> Requerente e Requerido mantém relação marital desde outubro de 1989, encontrando-se casados oficialmente em regime de comunhão parcial de bens de 1º de abril de 1992, conforme cópia da certidão de casamento (Doc. 02).
>
> Desta união o casal teve uma única filha, V. da R. R, nascida aqui em Palmas aos 5 dias de abril de 1996, hoje com 04 (quatro) anos (Doc. 03). (fl. 06, e-STJ).

Extrai-se do voto-vencedor do julgamento dos embargos infringentes, as conclusões do relator para acórdão, quanto ao tema:

> Observo que o relacionamento entre as partes iniciou-se com convivência comum no ano de 1989, tendo sido convertida em casamento em 1º.abr.1992, sendo que a petição inicial da ação de separação não requer declaração da sociedade de fato em período anterior ao casamento.

> Assim, não posso concordar com entendimento de que o reconhecimento da união em período anterior ao casamento era necessária à prestação jurisdicional, já que o Poder Judiciário está limitado, no julgamento da lide, justamente pelos pedidos da parte, os quais devem ser interpretados restritivamente, nos termos do artigo 293 do Código de Processo Civil.
>
> (*omissis*).
>
> Além disso, é assente na jurisprudência que, em termos patrimoniais, o companheiro em sociedade de fato, anterior à vigência da Lei n. 9.278/1996, deve comprovar que contribuiu efetivamente para a aquisição dos bens que alega comuns. (fls. 725-726, e-STJ).

De uma apreciação rigorosa da inicial, nota-se, conforme declinado pelo Relator para acórdão do julgamento dos embargos infringentes, a ausência de pedido formal de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato.

As consequências dessa ausência de pedido expresso, porém, devem ser interpretadas sob uma ótica mais moderna do Processo Civil, que se volta, com acerto, para uma efetiva prestação jurisdicional, para a justa composição da lide e para o resguardo da norma-princípio da boa-fé.

Dessa tróica, tem o STJ extraído, cada vez mais amiúde, as teses de que o pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo e, a decisão que considera, de forma ampla, o pedido formulado pelas partes, não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido deve ser lido como o que se pretende com a instauração da ação. (REsp n. 1.162.643-SC, de minha Relatoria, 3ª Turma, DJe 17.8.2012 e REsp n. 1.084.752-SC, 4ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJe 24.6.2011), este último assim ementado:

> Processual Civil. Sociedade de fato. Indenização por serviços domésticos prestados. Decisão *extra petita*. Não ocorrência.
>
> 1. Não ocorre julgamento *extra petita* se o Tribunal de origem decide questão que é reflexo do pedido formulado na inicial.
>
> 2. No caso, o acórdão recorrido limitou-se a solucionar a demanda conforme o direito que entendeu aplicável à espécie, não sem antes avaliar a consistência dos fatos que embasaram a causa de pedir da pretensão aduzida em juízo, a saber, a existência de sociedade de fato entre a autora e o *de cujos*.
>
> 3. Recurso especial desprovido.

Aplicando-se esses elementos para a compreensão sistemática da petição inicial, de se notar que a convivência *more uxório*, correspondente ao período

pré-nupcial das partes, foi relatada como prelúdio indissociável do próprio casamento, tanto assim, que a partir de então, a recorrente passa a nominar a íntegra do período em que conviveram como "união" e, ainda mais, faz juntar, dentre os documentos comprobatórios dos fatos alegados, declarações de imposto de renda do recorrido, desde o ano de 1989, período em que conviviam sob a forma de sociedade de fato.

Nessa senda, há inconteste evidência de que o pedido central da recorrente, quando buscou a tutela estatal, era garantir a justa partilha de todo o patrimônio amealhado durante os anos de convívio que manteve com o recorrido, tanto no período pré-casamento – quando coabitavam em sociedade de fato – quanto durante a vigência do próprio casamento.

Aliás, matéria que por falta de impugnação não enseja prévia declaração de existência da sociedade de fato, sendo aplicáveis suas consequências.

E essa conclusão também é possível pela óbvia unidade narrativa que deu aos momentos, que apenas teoricamente são cindíveis – a sociedade de fato e o imediatamente posterior casamento com opção pelo regime de separação parcial de bens –, pois suas consequências práticas se confundem, inclusive a que versa sobre o patrimônio comum, formado durante o período de convivência do casal como sociedade de fato.

A ausência de interrupção entre o período em que teria havido a sociedade de fato e o posterior casamento que se lhe seguiu, sem interrupção, gera uma linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento, são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto.

Latente, então, a notoriedade do objetivo perseguido pela recorrente que era, efetivamente, a divisão patrimonial do monte amealhado pelo casal, nos anos de vida comum, pleito que embora não tenho sido expresso de modo formal na petição inicial, é claramente subentendido do escopo primário perseguido, não havendo razoabilidade na suposição de que a autora buscaria a fração que entendia ser sua do patrimônio conseguido durante a vigência do casamento e abandonasse a parcela correspondente que incidiria sobre uma possível relação anterior ao matrimônio.

Assim, impõe-se o reconhecimento de que a sentença não extrapolou o pedido, visto de forma sistematizada.

IV - Das consequências patrimoniais da opção pelo regime de comunhão parcial de bens em relação ao patrimônio formado durante sociedade de fato.

Secundando a fundamentação primária do acórdão recorrido, o Tribunal de origem também tratou das consequências patrimoniais da opção pelo regime da comunhão parcial de bens, realizada quando da convolação da sociedade de fato em casamento.

Colhe-se do voto condutor do acórdão recorrido, para melhor compreensão, o excerto que abrange a controvérsia:

> Com efeito, ainda que as partes tenham tido relacionamento estável antes do casamento, ao adotarem o regime de comunhão parcial de bens, resolveram e afirmaram que pretendiam partilhar tão somente os bens adquiridos durante o casamento, resguardando a cada um, individualmente, os bens adquiridos até a data do enlace matrimonial. Se fosse diferente, teriam optado pela comunhão universal de bens.
>
> Laborou em equívoco, portanto, a MM. Juíza da primeira instância, ao afirmar que as partes não se preocuparam em resolver as questões concernentes aos bens adquiridos antes do casamento. O regime de comunhão parcial adotado, mostra de forma cristalina que excluíram da comunhão tais bens, preservando o patrimônio individual de cada um. (fl. 725, e-STJ).

De voto proferido por outro integrante do colegiado, em idêntico sentido ao do relator para acórdão, transcreve-se, igualmente, a fundamentação quanto ao ponto:

> Desta forma, ainda que houvesse a embargante contribuído para a formação do patrimônio sob litígio, ao firmar a cláusula que reflete separação de bens anteriores ao matrimônio, acabou por renunciar ao seu direito em relação à meação sobre os bens até então adquiridos por mútuo esforço.
>
> Inadmissível, ao meu sentir, que venha buscar na presente demanda aquilo que abriu mão por ato próprio. Diante desta renúncia, recíproca diga-se, entendo que a comunicabilidade defendida pela embargante somente poderia se evidenciar, presentes os requisitos legais, se alegado e comprovado, na via processual própria, vício de consentimento pela autora, ou seja, que por erro, dolo ou coação de que tenha sido vitimada, ocorreu a opção pelo regime da comunhão parcial pelo casal. Contudo, nem mesmo na via inadequada há noticias nesse sentido, tendo a demandante, ao que se nota, praticado o ato de sua livre espontânea vontade. (fl. 737, e-STJ).

É fato inconteste nestes autos que houve um relacionamento entre os recorrentes, que precedeu ao casamento. Releva também salientar, que as disposições antenupciais formuladas com a adoção do regime de bens para o casamento, foram feitas de maneira incidental ao já ostensivo relacionamento familiar vivido pelas partes, fatos também consolidados na origem.

À luz dessa moldura fática, a opção pelo regime de bens no casamento, que de regra tem efeitos prospectivos, deve ser contrapesado em seus efeitos, pois se vê que o regime de comunhão parcial de bens é calcado no compartilhamento dos esforços do casal e na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio decorre diretamente de labor de apenas um dos consortes.

Impera aqui, a presunção de que mesmo na ausência de contribuição pecuniária direta de um dos componentes do casal, houve, de forma consensual, atuação deste cônjuge em outras atividades, que geram, de forma indireta, rendimentos para a família, como ocorre nas atividades domésticas.

Vem daí, *contrario sensu*, a exclusão do patrimônio individual adquirido antes do casamento, pois não se vislumbra, em relação a esse, a premissa básica de esforços conjugados no crescimento patrimonial.

No entanto, a aplicação da fórmula, quando existente prévio convívio *more uxorio* – em sociedade de fato ou união estável – deve ter cuidadoso emprego para permitir que as declarações de vontade sejam genuinamente consideradas e não se beneficie, indevidamente, uma determinada parte em detrimento da outra.

Partindo-se do entendimento – aplicável à espécie – que os nubentes, durante o período de sociedade de fato que precedeu ao casamento, abstiveram-se de fixar normas específicas quanto à titularidade do patrimônio então formado, presume-se a comunicação do patrimônio.

Convolada essa sociedade de fato em casamento, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem, em exercício de abstração técnica, liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial.

Esse dever ser, no entanto, queda frente à realidade, na qual nem os atores principais, nem aqueles que os cercam, conseguem distinguir as situações fático-jurídicas sucessivas, nem tampouco seus consectários legais, não antevendo, então, a necessidade de se fixar esse marco patrimonial.

Agrega-se, ainda, como elemento impedidor desse "dever ser", as relações de confiança que usualmente existem entre um o casal e que, de regra, inibem quaisquer manifestações que possam defletir a imagem de honradez e confiabilidade do consorte, mesmo quando há suficiente conscientização dos nubentes quanto à necessidade de se liquidar o patrimônio comum daquele relacionamento pré-casamento.

Rolf Madaleno, discutindo a questão, traz elucidado posicionamento sobre o tema:

> Se um homem e uma mulher, vivendo em união estável, resolvem celebrar m contrato de separação de bens, esta avença não pode incidir sobre os bens já considerados comuns em razão do relacionamento passado, só podendo refletir sobre o patrimônio futuro, mas nunca atingindo o acervo preexistente, fruto do esforço comum já despendido, especialmente quando segue hígida a mesma união, pouco importando sigam vivendo como conviventes, ou tenham optado por converter sua união estável em casamento, nos termos do art. 1.726 do Código Civil.
>
> A conclusão mais evidente desta injustiça é a própria continuação do relacionamento, só vindo a reforçar a noção de comunhão de bens e de interesses, tanto que continuam a levar juntos a vida.
>
> Portanto, se a relação afetiva não sofreu qualquer solução de continuidade e seguem os conviventes inabaláveis em sua convivência, os direitos entre eles já adquiridos não podem ser modificados, devendo antes promoverem a liquidação do patrimônio comum pregresso, com a efetiva partilha dos bens amealhados durante o primeiro período da união, sob pena de restar escancarada a burla e com ela o enriquecimento indevido.
>
> (*in:* MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família, p. 701).

A solução preconizada pelo autor, e já delineada anteriormente, não resolve, porém, o cotidiano que ignora a fórmula e as consequências jurídicas de sua não-adoção.

Nesse quadro, frise-se, que é corriqueiro, o julgador deve se socorrer de outros elementos, além da mambembe declaração de vontade, para determinar o justo, que não pode se curvar ao injusto, tecnicamente correto.

Assim merecem sopesamento diferenciado, na espécie, a boa-fé que deve reger as relações interpessoais em quaisquer níveis e circunstâncias, e a vedação de enriquecimento sem causa, parâmetros que aliados à constatação de verdadeira inércia relacional, mitigam, quanto a seus efeitos, a declaração produzida quando da adoção do regime de bens para o casamento.

A notória confusão patrimonial que decorre da não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, *na condição de companheiros*, importa na prorrogação da co-titularidade antes existente para dentro do casamento.

Sob essa ótica, dizer que houve tácita renúncia ao possível patrimônio adquirido pelo esforço comum, durante a sociedade de fato que precedeu o casamento, apenas porque as partes não afirmaram, expressamente, o desejo de transportarem esse cabedal para dentro do período conjugal, seria descurar da realidade presente em relacionamentos díspares, que são posteriormente convolados em casamento.

Assim, fenece também esta tese, albergada pelo Tribunal de origem, de onde se impõe a reforma do acórdão recorrido.

Forte em tais razões, *dou provimento* ao recurso especial para restabelecer a sentença que determinou a apuração e partilha do patrimônio amealhado no período anterior ao casamento, que foi reconhecido como de sociedade de fato.

RECURSO ESPECIAL N. 1.340.394-SP (2012/0148970-1)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Ana Carolina Tofanin Ramos
Advogado: Douglas Gimenes
Recorrido: Banco do Brasil S/A
Advogado: Cassiano Eskildssen e outro(s)

EMENTA

Ação de indenização. Espera em fila de banco por tempo superior ao de meia hora fixado por legislação local. Insuficiência da só invocação legislativa aludida. Ocorrência de dano moral afastado pela sentença e pelo Colegiado Estadual após análise das circunstâncias fáticas do caso concreto. Prevalência do julgamento da origem. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial improvido.

1.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário.

2.- Afastado pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas para configuração do dano moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula n. 7-STJ).

3.- Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 7 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 10.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Ana Carolina Tofanin Ramos* interpõe Recurso Especial, fundamentado nas alíneas **a** e **c**, do inciso III, do artigo 105, do permissivo constitucional, manejado contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador *Francisco Loureiro*, assim ementado (e-STJ fls. 181):

> Indenização. Dano moral. Demora para atendimento em fila de caixa de instituição bancária. Abuso de direito a ser aferído em cada caso concreto. Atraso a que se submeteram todos os clientes da agência, sendo, porém, ao final, atendidos. Ausência de tratamento grosseiro ou humilhante. Inexistência de dano moral. Conduta contrária à Lei Municipal não ensejadora de danos morais, apenas

> eventuais penalidades administrativas. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

2.- Não foram interpostos Embargos de Declaração.

3.- Na origem, o Colegiado Estadual manteve Sentença que julgou improcedente Ação de Reparação de Danos Morais decorrentes de constrangimento de da ora Agravante, que se viu aguardando por atendimento na fila do caixa por aproximadamente 1 (uma) hora, em confronto à Lei Municipal que determina que a espera por atendimento nos Bancos não deve ultrapassar 30 (trinta) minutos.

4.- Inconformada, a agravante interpôs o presente Recurso Especial, sustentando que houve violação dos artigos 6º, inciso IV, 7º, 14, 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor; artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal; Súmula n. 37 e n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos artigos 186, 187, 927 e 932, do Código Civil, alegando, em síntese, que o excesso no tempo de espera na fila configura "falha na prestação de serviço", sendo objetiva a responsabilidade do Banco/Agravado, devendo o mesmo responder pelo Dano Moral, que é presumido.

Em abono de sua causa, colaciona julgados de alguns Tribunais de Justiça do País com o objetivo de configurar dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 5.- Em primeiro lugar cumpre advertir que a alegação de ofensa ao artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal não tem passagem em Recurso Especial, voltado ao enfrentamento de questões infraconstitucionais, apenas.

6.- Do mesmo modo, a alegada ofensa às Súmulas n. 37 e n. 297 deste Superior Tribunal de Justiça, não enseja a abertura da instância especial, por não se enquadrarem no conceito de Lei Federal do art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.

7.- O Colegiado Estadual entendeu, no caso concreto, pela inexistência de dano moral. Confira-se o *decisum (*e-STJ fls. 182-184):

> [...].

1. O recurso comporta parcial provimento, apenas para modificar a fixação da verba honorária.

Ressalte-se desde logo a aplicação ao caso em exame do Código de Defesa do Consumidor, o que, de resto, nada altera a conclusão da sentença.

Não resta dúvida de que a existência de filas para atendimento em agências bancárias causa aos consumidores diversos imprevistos e descontentamentos.

Não obstante, o abuso de direito e a existência de dano moral devem ser aferidos de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

2. Por óbvio, há que se guardar a proporção adequada entre o aceitável e o inaceitável no trato com o consumidor.

Evidente que não se pode admitir que o consumidor aguarde por horas na fila para atendimento e, ao final, nem sequer seja atendido.

É o que a melhor doutrina insere como uma das facetas do princípio da boa-fé objetiva e denomina de exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*), em que há manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular de um direito e o sacrifício imposto à contra parte, ainda que não haja o propósito de molestar. São casos em que o titular de um direito age sem consideração pela contraparte (Fernando Noronha, O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Saraiva, 1994, p. 179).

O clássico Menezes de Cordeiro trata da matéria como desequilíbrio no exercício de direitos, provocando danos inúteis à desproporção dos efeitos práticos. Ensina que "da ponderação dos casos concretos que deram corpo ao exercício em desequilíbrio, desprende-se a idéia de que, em todos, há uma desconexão - ou, se quiser, uma desproporção - entre as situações sociais típicas pré-figuradas pelas normas jurídicas que atribuíam direitos e o resultado prático do exercício desses direitos. Parece, pois, haver uma bitola que, transcendendo as simples normas jurídicas, regula, para além delas, o exercício de posições jussubjetivas; essa bitola dita a medida da desproporção tolerável, a partir da qual já há abuso" (Da Boa Fé no Direito Civil, Almedina, Coimbra, 1977, p. 859).

3. Tal quadro exige, sempre, o exame de provas e de fatos concretos, para aferição de eventual abuso de direito.

No caso em comento, a autora dirigiu-se a uma agência do Banco réu com o intuito de realizar uma transação bancária por meio do caixa físico.

Afirma, porém, que o atendimento foi insatisfatório, pois teve de aguardar na fila por exatos sessenta minutos para ser atendida.

A autora repisa a existência de Lei Municipal de Franca estabelecendo prazos máximos para atendimento em agências bancárias em vinte ou trinta minutos, de acordo com dias e condições determinadas.

Não vislumbro a existência de dano moral indenizável.

> Em que pesem as alegações de tratamento humilhante, evidente que os demais clientes também foram submetidos à mesma espera para o atendimento. Resta, portanto, evidente que tal situação não alcança patamar e nem tem estatura suficiente para caracterizar dano moral.
>
> Como bem asseverou a r. sentença, o descumprimento de Lei Municipal não tem o condão de ocasionar danos morais indenizáveis aos consumidores, e sim, eventuais punições na esfera administrativa.

8.- Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor apontados como violados dispõem o seguinte:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> (...).
>
> IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
>
> Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.
>
> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> (...).
>
> § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Assim, verifica-se da leitura do Acórdão impugnado, que o Tribunal de origem não se manifestou a respeito de referidos dispositivos legais. Por outro lado não foram opostos embargos de declaração, nem se apontou ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil nas razões do Recurso Especial.

Quanto a esses pontos falta, assim, o necessário prequestionamento, merecendo aplicação as Súmulas n. 282 e n. 356-STF.

9.- No mais, quando se fala em abalo moral, há de ser tem em mente que, em muitos casos, sem dúvida, há abuso na judicialização de situações de transtornos comuns do dia a dia, visando à indenização por este tipo de dano (cf., por todos, LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH, "Dano Moral Imoral", Florianópolis, ed. Conceito, 2012). Nesse sentido, julgados desta Corte têm assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os contratempos normais e próprios do convívio social não são suficientes a causar danos morais indenizáveis. Nesse sentido, vários julgados: AgRg no Ag n. 1.331.848-SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe 13.9.2011; e REsp n. 1.234.549-SP, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Terceira Turma, DJe 10.2.2012; REsp n. 1.232.661-MA, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, Quarta Turma, DJe 15.5.2012 e AgRg nos EDcl no REsp n. 401.636-PR, Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, Terceira Turma, DJ 16.10.2006.

Mas, o direito à indenização por dano moral, como ofensa a direito de personalidade em casos como o presente pode decorrer de situações fáticas em que se evidencie que o mau atendimento do Banco criou sofrimento moral ao consumidor usuário dos serviços bancários.

A só espera por atendimento bancário por tempo superior ao previsto na legislação municipal ou estadual como, no caso, Lei Municipal n. 5.163/1999, da cidade de Franca-SP, não dá direito a acionar em Juízo para a obtenção de indenização por dano moral, porque essa espécie de legislação, conquanto declarada constitucional (STJ-REsp n. 598.183, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, 1ª Seção, unânime, 8.11.2006, com remessa a vários precedentes, tanto do STJ como do STF), é de natureza administrativa, isto é, dirige-se à responsabilidade do estabelecimento bancário perante a Administração Pública, que, diante da reclamação do usuário dos serviços ou *ex-officio*, deve aplicar-lhe as sanções administrativas pertinentes – não surgindo, do só fato da normação dessa ordem, direito do usuário à indenização.

O direito à indenização por dano moral origina-se de situações fáticas em que realmente haja a criação, pelo estabelecimento bancário, de sofrimento além do normal ao consumidor dos serviços bancários, circunstância que é apurável faticamente, à luz das alegações do autor e da contrariedade oferecida pelo acionado.

Nesse contexto, é possível afirmar, com segurança, que a espera por atendimento durante tempo desarrazoado constitui um dos elementos a serem

considerados para aferição do constrangimento moral, mas não o único. Não será o mero desrespeito ao prazo objetivamente estabelecido pela norma municipal que autorizará uma conclusão afirmativa a respeito da existência de dano moral indenizável. Também há de se levar em conta outros elementos fáticos.

10.- No caso concreto, a Sentença e o Acórdão do Tribunal de origem analisaram e afastaram a ocorrência de dano moral. Assinalou a Sentença o seguinte (e-STJ fls. 110):

> (...). Ao avaliar o feito, percebe-se que não há um sofrimento psíquico ou moral que enseje uma indenização. Há apenas um mero aborrecimento ou desconforto que se tem que suportar por viver em sociedade.

Por sua vez, o Acórdão recorrido destacou (e-STJ fls. 184):

> (...).
>
> No caso em comento, a autora dirigiu-se a uma agência do Banco réu com o intuito de realizar uma transação bancária por meio do caixa físico.
>
> Afirma, porém, que o atendimento foi insatisfatório, pois teve de aguardar na fila por exatos sessenta minutos para ser atendida.
>
> A autora repisa a existência de Lei Municipal de Franca estabelecendo prazos máximos para atendimento em agências bancárias em vinte ou trinta minutos, de acordo com dias e condições determinadas.
>
> Não vislumbro a existência de dano moral indenizável.
>
> Em que pesem as alegações de tratamento humilhante, evidente que os demais clientes também foram submetidos à mesma espera para o atendimento. Resta, portanto, evidente que tal situação não alcança patamar e nem tem estatura suficiente para caracterizar dano moral.

Como se vê, na hipótese, após análise do conjunto fático-probatório, concluíram tanto o Juiz singular, como o Colegiado Estadual, pela inexistência de dano moral, não havendo que se falar em indenização a esse título. Assim, infirmar referida conclusão, demandaria inevitavelmente o reexame a respeito dessas circunstâncias fáticas, vedado a teor da Súmula n. 7-STJ.

11.- Por fim, quanto à divergência jurisprudencial apontada, observa-se que a Recorrente não realizou o devido cotejo analítico com os julgados apontados como paradigma. A simples transcrição da ementa dos precedentes paradigmas não atende às exigências dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. A propósito, anote-se:

> Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil. Danos morais. Súmulas n. 5 e n. 7. Honorários advocatícios. Súmula n. 283-STF. Dissídio jurisprudencial não demonstrado.
>
> (...).
>
> 4. A divergência jurisprudencial com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos julgados que configurem o dissídio, não sendo bastante a simples transcrição de ementas sem o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.
>
> 5. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp n. 1.150.463-RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15.3.2012, DJe 22.3.2012)

12.- Mesmo que assim não fosse, de igual maneira, os argumentos utilizados para fundamentar o dissídio pretoriano somente poderiam ter sua procedência verificada mediante reexame das circunstâncias fáticas, providência, como já dito, que encontra óbice na Súmula n. 7 deste Tribunal.

13.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.367.362-DF (2013/0034479-0)

Relator: Ministro Sidnei Beneti
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogada: Eneida de Vargas e Bernardes e outro(s)
Recorrido: Mario Kawano e outros
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Direito Civil e Processual Civil. Ação monitória. Prescrição. Termo inicial. *Actio nata*.

1.- O prazo prescricional de 5 (cinco) anos a que submetida a ação monitória se inicia, de acordo com o princípio da *actio nata*, na data em que se torna possível o ajuizamento desta ação.

2.- Na linha dos precedentes desta Corte, o credor, mesmo munido título de crédito com força executiva, não está impedido de cobrar a dívida representada nesse título por meio de ação de conhecimento ou mesmo de monitória.

3.- É de se concluir, portanto, que o prazo prescricional da ação monitória fundada em título de crédito (prescrito ou não prescrito), começa a fluir no dia seguinte ao do vencimento do título.

4.- Recurso Especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 8.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Banco do Brasil S/A* interpõe recurso especial com fundamento na alínea **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Territórios, Relator o Desembargador *Mário-Zam Belmiro*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 106):

> Civil. Apelação cível. Ação monitória Cédula de Crédito Rural. Prescrição quinquenal. Contagem. Reconhecimento de ofício.

1. Segundo dispõe o art. 70 da Lei Uniforme, o prazo prescricional para o manejo da ação executiva é de três anos a contar do vencimento. Escoado esse tempo, o credor dispõe do prazo de cinco anos, a contar do vencimento, conforme prevê o artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil para a cobrança da dívida encartada em documento escrito, um vez que perdeu a cédula a qualidade de título de crédito.

2. Os prazos contados em anos expiram-se no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência. Inteligência do § 3º, do artigo 132, do Código Civil.

3. Recurso desprovido.

2.- O Recorrente alega, basicamente, que a ação monitória não está prescrita. Para isso alinha três argumentos:

a) Afirma, em primeiro lugar, que a petição inicial teria sido depositada no cartório distribuidor antes do término do prazo prescricional, mas, como os protocolos eram realizados por ordem de chegada e, como houve feriado forense nos dias 1º.11.2011 e 2.11.2011, a distribuição efetiva somente teria ocorrido, tardiamente, em 4.11.2011.

b) Além disso, a data de vencimento das cédulas rurais em que fundadas a ação monitória teria sido postergada para o dia 31.10.2011, conforme se poderia extrair dos termos aditivos do contrato de financiamento.

c) Sustenta, finalmente, que o entendimento sufragado no acórdão recorrido, no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação monitória deve ser contatado a partir da data de vencimento do título, diverge da orientação firmada em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apontado como paradigma, nos termos do qual referido prazo apenas começaria a correr após o escoamento do prazo prescricional da ação cambial cambial correspondente.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 3.- No caso dos autos, a ação monitória proposta pelo *Banco do Brasil S/A* tem por base uma cédula rural pignoratícia, firmada em 9.7.1996, no valor de R$ 71.406,08 (setenta e um mil, quatrocentos e seis reais e oito centavos), com vencimento para o dia 31.10.2006.

4.- De acordo com a petição inicial, protocolada em 4.11.2013, a dívida alcançaria, naquela data, a quantia de R$ 345.230,17 (trezentos e quarenta e cinco mil, duzentos e trinta reais e dezessete centavos), tendo em vista os os encargos contratuais incidentes.

5.- Tanto a sentença quanto o acórdão afirmaram que a ação deveria ser extinta em razão da prescrição, tendo em vista o transcurso de mais de cinco anos entre a data do vencimento (31.10.2006) e a do ajuizamento da ação (4.11.2011).

6.- A primeira linha de argumentos aduzidos no Recurso Especial é relativa à prorrogação do termo final do prazo prescricional em razão de feriado forense nos dias 1º e 2.11.2011 e da existência de excesso de serviço no cartório de distribuição que teria levado ao protocolo tardio, apenas em 4.11.2011, da petição efetivamente entregue em data anterior.

Tais argumentos não estão amparados, porém, em alegação de ofensa a dispositivo de lei federal, nem em dissídio pretoriano, o que atrai a incidência da Súmula n. 284-STF.

6.- Em seguida o Recorrente afirma que a data de vencimento da cédula de crédito rural não seria o dia 31.10.2006, como afirmado nas instâncias de origem, mas o dia 31.10.2011, tendo em vista a assinatura de aditivo contratual nesse sentido. Esse argumento tampouco vem amparado em dissídio pretoriano ou em indicação de ofensa à lei federal, incidindo, mais uma vez, por analogia, a Súmula n. 284-STF.

7.- A questão relativa ao termo inicial da contagem do prazo prescricional da ação monitória, reclama maior atenção.

O acórdão recorrido embora, embora as considerações que nele se contêm, relativas ao prazo trienal das ações executivas cambiárias, possam causar alguma confusão, entende, em síntese, que a ação monitória está submetida a prazo prescricional de 5 (cinco) cinco anos contados a partir do vencimento do título.

O acórdão paradigma, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível n. 990.10.154081-9 da relatoria do E. Desembargador *Melo Colombi*, ao contrário, entende que o prazo prescricional da ação monitória fundada em título de crédito prescrito se iniciaria apenas ao término do prazo concedido por lei para a propositura da ação executiva correspondente. Confira-se, a propósito, a seguinte passagem desse aresto (fls. 131):

> Consoante dispõe o art. 18 da Lei n. 5.474/1968, inciso I, *a pretensão à execução* da duplicata prescreve em três anos, contados da data do vencimento do titulo.
>
> A partir dai, o titulo perde sua natureza cambial, subsistindo como mero quirógrafo.
>
> Em razão disso, entendemos que a regra aplicável à espécie é a prevista no artigo 206, § 5º, inciso I, segundo a qual prescreve em cinco anos "a pretensão de cobrança de dividas liquidas constantes de instrumento público ou particular".
>
> A prescrição executiva foi interrompida pelo protesto (CC, art. 202, III) em *30.10.2002*, retomando seu curso desse termo.
>
> A execução, portanto, poderia ter sido ajuizada até *30.10.2005*.
>
> A partir de então, inicia-se o prazo para a prescrição preconizada pelo Código Civil. (...)
>
> Assim, contando-se três anos dispostos na Lei das Duplicatas para ajuizamento da ação executiva, após a interrupção do prazo pelo protesto, deve-se computar mais cinco anos estabelecidos no Código Civil.

8.- Como se vê está configurada a divergência de entendimentos entre o acórdão recorrido e o paradigma indicado, cumprindo saber, no presente recurso especial, se o termo inicial para a propositura da ação monitória fundada em título de crédito prescrito deve recair na data seguinte a do vencimento do título, conforme preconizado pelo acórdão recorrido, ou na data em que expirado o prazo para a propositura da ação executiva, como assinalado no paradigma.

9.- O artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, a respeito da ação monitória, diz o seguinte:

> Art. 1.102.A - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel

10.- Extrai-se do texto da lei que a ação monitória deve ser manejada por quem tenha em mãos documento escrito que comprove a existência de uma dívida mas que não possua eficácia de título executivo.

Assim, se esse documento é um título de crédito, é de se imaginar que a monitória apenas poderia ser proposta quando esse título perdesse a sua força executiva, ou seja, quando verificada a sua prescrição. Antes disso o título o título não poderia embasar a ação monitória e, por conseguinte.

Por força de consequência, não poderia, também, correr o prazo prescricional para a propositura da ação monitória, afinal se ela ainda nem poderia ser ajuizada, não haveria que cogitar de prescrição.

11.- A maioria dos títulos cambiais prescreve em 3 (três) anos, conforme estabelecido nos artigos 70 da Lei Uniforme de Genebra e 206, § 3º, VIII, do Código Civil. As exceções ficam por conta de disposições contidas em leis especiais, como a Lei n. 7.357/1985, que, em seu artigo 59, fixou prazo semestral para a prescrição do cheque.

Por outro lado, o prazo prescricional da ação monitória é de 5 (cinco) anos, conforme determinado pelo artigo 206, § 5º, I, do Código Civil e reconhecido pela jurisprudência já pacificada desta Corte Superior (REsp n. 1.339.874-RS, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Terceira Turma*, julgado em 9.10.2012, DJe 16.10.2012; REsp n. 926.312-SP, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, DJe 17.10.2011).

Assim, o credor de título de crédito teria, em regra, 3 (três) anos para promover a sua execução e, após o decurso desse prazo, mais 5 (cinco) anos para ajuizar a ação monitória.

12.- É de se considerar, no entanto, que a Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem afirmado, com fundamento nos princípios da economia processual e da ampla defesa, que o credor munido de título executivo não está proibido de ajuizar ação monitória para cobrança da dívida. Na linha dos precedentes desta Corte, faculta-se ao credor, que embase o procedimento monitório inclusive em documento escrito dotado de força executiva, ou seja, ainda não prescrito. Confira-se:

> Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória aparelhada por notas promissórias não prescritas. Adequação da via eleita, embora possível o ajuizamento de processo de execução.
>
> 1. Assim como a jurisprudência da Casa é firme acerca da possibilidade de propositura de ação de conhecimento pelo detentor de título executivo - uma vez não existir prejuízo ao réu em procedimento que lhe franqueia ampliados meios de defesa -, pelos mesmos fundamentos o detentor de título executivo extrajudicial poderá ajuizar ação monitória para perseguir seus créditos, não obstante também o pudesse fazer pela via do processo de execução. Precedentes.
>
> (REsp n. 981.440-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 12.4.2012);

> Agravo regimental. Recurso especial. Monitória. Prequestionamento. Súmulas n. 282, n. 356-STF e 211-STJ. Coisa julgada. Matéria constitucional. Aval. Cambial vinculada a consolidação de dívida. Validade. Súmula n. 300-STJ. Procedimento monitório. Possibilidade. Mora. Encargos ilegais. Descaracterização. Ausência de cobrança. Comissão de permanência. Não cumulação. Súmula n. 284-STF. Não Provimento.

(...)

4. Ao credor portador de título executivo extrajudicial é lícita a escolha entre procedimento monitório e a execução. Precedentes.

(AgRg no REsp n. 795.071-PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 22.9.2011);

Direito Processual Civil. Ação monitória. Cheque não prescrito. Interesse processual. Ausência de prejuízo à defesa. Anulação do processo.

I - A ação monitória, conforme previsão do art. 1.102a do Código de Processo Civil, compete a quem pretender pagamento ou soma em dinheiro com base em prova escrita sem eficácia de título executivo. A princípio, não tem interesse processual na ação monitória quem dispõe de título dotado de força executiva.

II - Quando existente razoável dúvida a respeito da ocorrência ou não de prescrição do título executivo, é possível o ajuizamento de ação monitória, sabendo que a solução que prestigia a economia processual e não prejudica o direito de ampla defesa do suposto devedor. Precedentes.

(REsp n. 839.454-MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010);

Agravo regimental no recurso especial. Existência de título executivo extrajudicial. Ajuizamento de ação monitória. Possibilidade. Faculdade do credor. Inexistência de prejuízo à defesa do devedor.

1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento firme no sentido de que, embora disponha de título executivo extrajudicial, cabe ao credor a escolha da via processual que lhe parecer mais favorável para a proteção dos seus direitos, desde que não venha a prejudicar o direito de defesa do devedor.

(AgRg no REsp n. 453.803-PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 6.10.2010);

Direito Civil. Processual Civil. Locação. Recurso especial. Ação monitória fundada em título executivo extrajudicial. Possibilidade. Precedentes. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito do recurso de apelação dos recorridos. Recurso conhecido e parcialmente provido.

1. A ação monitória pode ser instruída por título executivo extrajudicial. Precedentes do STJ.

(REsp n. 1.079.338-SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 15.3.2010);

Ação monitória. "Contrato particular de consolidação, confissão e renegociação de dívida" e nota promissória alusiva ao débito consolidado. Títulos executivos. Interesse de agir.

> – "O credor que tem em mãos título executivo pode dispensar o processo de execução e escolher a ação monitória" (REsp n. 435.319-PR).
>
> (REsp n. 394.695-RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 4.4.2005);
>
> Ação monitória. Título executivo extrajudicial. Prescrição. Ausência de prejuízo. Ampla defesa. Anulação do processo. Aplicação dos princípios da celeridade e economia processuais.
>
> Quem dispõe de título executivo carece, em tese, de interesse processual de propor ação monitória, conforme prescreve o artigo 1.102a do Código de Processo Civil. Entretanto, existindo dúvida quanto à prescrição do título executivo e ausente o prejuízo para o devedor em sua ampla defesa, é possível a escolha do procedimento monitório. Ademais, em observância aos princípios da celeridade e economia processuais, não se justifica a anulação do processo, com a perda de todos os atos processuais já praticados.
>
> (REsp n. 504.503-RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 17.11.2003);
>
> *Ação monitória*. Título executivo.
>
> O credor que tem em mãos título executivo pode dispensar o processo de execução e escolher a ação monitória. Precedentes. Omissões inexistentes. Recurso não conhecido.
>
> (REsp n. 435.319-PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 24.3.2003).

13.- Assim, se se reconhece ao credor a possibilidade de ajuizar ação monitória com fundamento em título de crédito ainda não prescrito, e essa possibilidade está autorizada, como é natural, desde o vencimento do título, não há como sustentar que o prazo prescricional desta ação monitória somente começará a fluir a partir de uma data futura.

14.- Pelo princípio da *actio nata*, o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de determinada ação deve recair no dia em que, pela primeira vez, se tornou possível à parte ajuizar essa mesma ação.

A prescrição, vale lembrar, tem por objetivo punir a inércia da parte, de maneira que a inércia estará caracterizada desde o momento em que era possível agir e não se agiu. No caso de uma ação monitória fundada em título de crédito, essa possibilidade de agir, de cobrar a dívida por meio da ação monitória, se inicia, segundo consta nos precedentes destacados, no dia seguinte ao vencimento do título.

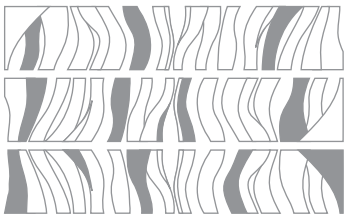
15.- Deve prevalecer, portanto, o entendimento sufragado no acórdão recorrido, no sentido de que o prazo prescricional para a propositura da ação

monitória fundada em título de crédito (prescrito ou não prescrito), se inicia no dia subsequente ao do vencimento do próprio título.

Nesse sentido:

> Direito Civil e Processual Civil. Recurso especial. Ação monitória fundada em duplicatas prescritas ajuizada em face daquela que consta como sacada. Cobrança de crédito oriundo da relação causal.
>
> (...)
>
> 2. Assim, o prazo prescricional para a ação monitória baseada em duplicata sem executividade, é o de cinco anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do Código Civil/2002, a contar da data de vencimento estampada na cártula.
>
> (REsp n. 1.088.046-MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22.3.2013).

16.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.



Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL N. 410.752-SP (2002/0014542-3)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: Débora Conter Audi
Advogados: Estela Maria Lemos Monteiro Soares de Camargo e outro(s)
Lucas Garcia de Moura Gavião e outro(s)
Recorrido: Iderol S/A Equipamentos Rodoviários - Massa falida
Advogado: Alfredo Luiz Kugelmas - Síndico

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Falência. Ex-integrante do Conselho de Administração (DL n. 7.661/1945, arts. 34, 35 e 37 e Lei n. 6.404/1976, arts. 138, 140, 142, 143 e 144). Representação de sociedade anônima falida. Inaplicabilidade da norma do art. 37 do DL n. 7.661/1945 a conselheiro, salvo situação excepcional. Aspectos fáticos da causa relevantes à completa solução da controvérsia. Ausência de análise pelo Tribunal local. Contrariedade ao art. 535 do CPC. Recurso parcialmente provido.

1. Embora no conceito de administração da sociedade anônima se possa incluir a diretoria e o conselho de administração, apenas os diretores são representantes da sociedade, nos termos do art. 138, § 1º, parte final, da Lei n. 6.404/1976, sujeitos às restrições de ordem pessoal, insculpidas nos arts. 34, 35 e 37 da Lei de Falência anterior (DL n. 7.661/1945).

2. Enquanto a diretoria da sociedade anônima, composta por, no mínimo, dois diretores, é, por essência, órgão de representação e administração, através do qual atua a sociedade, praticando os atos da vida civil, celebrando contratos, formalizando negócios diversos, o Conselho de Administração, composto por, no mínimo, três membros, é órgão puramente deliberativo. Assim, enquanto a diretoria pode atuar de forma colegiada ou individual, agindo conjuntamente ou através de cada diretor representando a sociedade, o conselho de administração somente se manifesta validamente por deliberação coletiva, sendo,

normalmente, inviável que conselheiro, nessa condição, represente individualmente a companhia ou se confunda com o próprio conselho.

3. Portanto, o membro de conselho de administração não é representante legal de sociedade anônima e a ele não se aplica, em regra, a norma do art. 37 da antiga Lei de Falência, salvo se, por cláusula estatutária ou por ter de fato extrapolado as funções meramente deliberativas do conselho, tiver se envolvido na administração da companhia.

4. *In casu*, o MM. Juiz não apenas adotara a interpretação do citado art. 37, prestigiada pelo eg. Tribunal Estadual e ora afastada, mas também levara em conta, em sua decisão, que "quem dirigia a empresa, na prática," era a conselheira, ora recorrente, invocando depoimentos colhidos nos autos.

5. A Corte Estadual, entretanto, confirmou a decisão então agravada sem apreciar expressamente essas questões fático-probatórias relevantes para a completa solução do caso, insusceptíveis de apreciação nesta via recursal especial (Súmula n. 7-STJ). Forçoso, então, dar-se parcial provimento ao recurso para anular o v. acórdão recorrido, proferido no julgamento dos embargos de declaração para que tais omissões e obscuridades sejam supridas, nos termos do art. 535 do CPC.

6. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial de *Débora Conter Audi*, prejudicado o exame da Medida Cautelar n. 3.921-SP, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento interposto por *Débora Conter Audi* contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Guarulhos, nos autos da Falência de *Iderol S/A Equipamentos Rodoviários - Massa Falida*, que: a) impôs à agravante o cumprimento das obrigações prescritas aos administradores das sociedades falidas nos arts. 34 e 37 da Lei de Falências (DL n. 7.661/1945), sujeitando-a à sanção do art. 35 da mesma Lei; e b) decretou a quebra de seu sigilo bancário.

Narram os autos que a agravante compôs o conselho de administração da sociedade anônima, por deliberação da Assembleia Geral, de junho de 1996 a março de 1998, quando renunciou ao cargo de conselheira.

Em julho de 1999, com a decretação da falência da sociedade, o MM Juízo falimentar impôs à ora recorrente o cumprimento das disposições do art. 37 da LF e determinou a quebra do sigilo de suas contas bancárias, contra o que se insurgiu *Débora Conter Audi*, através de Agravo de Instrumento, sustentando, primeiramente, a não aplicação do mencionado art. 37 aos membros do Conselho de Administração, sob o entendimento, em suma, de que estes têm função meramente deliberativa, não possuindo nenhum poder de representação ou de gestão executiva da sociedade.

Argumentou, ainda, que, mesmo que se entendesse que na expressão "administradores", constante do art. 37 da LF, estivessem compreendidos os membros do Conselho de Administração, seus efeitos não a atingiriam, pois a agravante não estava em suas funções quando da decretação da quebra.

Sustentou, também, que a quebra do sigilo bancário somente pode ocorrer quando essa providência for de fundamental importância para o julgamento da causa e que, nos termos do art. 6º da LF, a responsabilidade do administrador somente pode ser apurada e tornar-se efetiva mediante ação autônoma pelo procedimento ordinário, no juízo da falência, jamais no próprio processo falimentar.

O eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo de instrumento, em aresto assim ementado:

> *Falência*. Decisão que impôs à agravante o cumprimento das obrigações dos arts. 34 e 37, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, bem como decretou a quebra do seu sigilo bancário. Alegação de inconstitucionalidade. Não ocorrência. Hipótese,

> aliás, em que exerceu a agravante o cargo de Conselheira Administrativa da falida. Manutenção. Recurso desprovido. (fl. 166)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 178-179).

Inconformada, *Débora Conter Audi* interpôs recurso especial, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, sustentando, preliminarmente, violação aos arts. 165, 458 e 535, II, do CPC, sob o entendimento de que o v. aresto recorrido teria desconsiderado várias alegações postas no agravo de instrumento, notadamente acerca da ilegalidade da quebra do sigilo bancário.

No mérito, aduz ofensa aos arts. 37 da Lei de Falências e 3º da Lei Complementar n. 105/2001, reeditando suas argumentações acerca da impossibilidade de se impor os deveres do falido a ex-membro do Conselho de Administração de sociedade anônima, bem como impossibilidade de quebra de seu sigilo bancário.

Apresentadas contrarrazões (fls. 454-461), o recurso especial foi admitido (fls. 491-494), tendo o saudoso ***Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira***, através de liminar na Medida Cautelar n. 3.921-SP (fl. 360, apenso), lhe concedido efeito suspensivo.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral Dr. Roberto Casali, opinou pelo provimento do recurso (fls. 505-509).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): A questão posta nestes autos diz respeito à legalidade ou não de se impor à ex-integrante de conselho de administração de sociedade anônima falida a condição de representante da falida, nos moldes do art. 37 do DL n. 7.661/1945, antiga de Lei de Falências.

Para melhor compreensão da controvérsia, convém sejam transcritos os seguintes dispositivos da anterior Lei de Falências, inclusive o art. 37, tido por violado:

> Art. 34. A declaração da falência impõe ao falido as seguintes obrigações:
>
> I - assinar nos autos, desde que tenha notícia da sentença declaratória, termo de comparecimento, com a indicação do nome, nacionalidade, estado civil, rua e número da residência, devendo ainda declarar, para constar do dito têrmo:

a) as causas determinantes da falência, quando pelos credores requerida;

b) se tem firma inscrita, quando a inscreveu, exibindo a prova;

c) tratando-se de sociedade, os nomes e residências de todos os sócios, apresentando o contrato, se houver, bem como a declaração relativa à inscrição da firma, se fôr caso;

d) o nome do contador ou guarda-livros encarregado da escrituração dos seus livros comerciais;

e) os mandatos que porventura tenha outorgado, indicando o seu objeto e o nome e enderêço do mandatário;

f) quais os seus bens imóveis, e quais os móveis, que não se encontram no estabelecimento;

g) se faz parte de outras sociedades, exibindo, no caso afirmativo, o respectivo contrato;

II - depositar em cartório, no ato de assinar o têrmo de comparecimento, os seus livros obrigatórios, a fim de serem entregues ao síndico, depois de encerrados por têrmos lavrados pelo escrivão e assinados pelo juiz;

III - não se ausentar do lugar da falência, sem motivo justo e autorização expressa do juiz, e sem deixar procurador bastante, sob as penas cominadas na lei; quando a permissão para ausentar-se fôr pedida sob alegação de moléstia, o juiz designará o médico para o respectivo exame;

IV - comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando ocorrerem motivos justos e obtiver licença do juiz;

V - entregar sem demora todos os bens, livros, papéis e documentos ao síndico, indicando-lhe, para serem arrecadados, os bens que porventura tenha em poder de terceiros;

VI - prestar, verbalmente ou por escrito, as informações reclamadas pelo juiz, síndico, representante do Ministério Público e credores, sôbre circunstâncias e fatos que interessem à falência;

VII - auxiliar o síndico com zêlo e lealdade;

VIII - examinar as declarações de crédito apresentadas;

IX - assistir ao levantamento e à verificação do balanço e exame dos livros;

X - examinar e dar parecer sôbre as contas do síndico.

Art. 35. Faltando ao cumprimento de qualquer dos deveres que a presente lei lhe impõe, poderá o falido ser prêso por ordem do juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público, do síndico ou de qualquer credor.

> Parágrafo único. A prisão não pode exceder de sessenta dias, e do despacho que a decretar cabe agravo de instrumento, que não suspende a execução da ordem.
>
> Art. 37. Ressalvados os direitos reconhecidos aos sócios solidariamente responsáveis pelas obrigações sociais, *as sociedades falidas serão representadas na falência pelos seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes, os quais ficarão sujeitos a todas as obrigações que a presente lei impõe ao devedor ou falido, serão ouvidos nos casos em que a lei prescreve a audiência do falido, e incorrerão na pena de prisão nos termos do art. 35.*
>
> Parágrafo único. Cabe ao inventariante, nos têrmos dêste artigo, a representação do espólio falido. (grifou-se)

A questão da caracterização da ora recorrente como representante da falida foi efetivamente decidida, como se vê na ementa do v. acórdão supratranscrita. O v. aresto recorrido afirmou que, "se era a agravante administradora, e o art. 37 se reporta a administradores, evidente que se sujeita às restrições ali referentes" (fl. 168).

Percebe-se, portanto, que o eg. Tribunal de Justiça decidiu pela inclusão da ora recorrente nos ditames do art. 37 da LF pelo fato de que integrara ela o conselho de administração, no período que antecedera à quebra, existindo suspeitas quanto à lisura da administração da empresa por parte de vários administradores.

A sociedade falida *Iderol S/A Equipamentos Rodoviários* é uma sociedade anônima, disciplinada pela Lei n. 6.404/1976, que, nos artigos pertinentes à administração da companhia, assim dispõe:

> *Art. 138.* A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.
>
> § 1º *O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores.*
>
> § 2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.
>
> *Art. 140.* O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: (...)
>
> I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho;

> *Art. 142*. Compete ao conselho de administração:
>
> I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
>
> II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
>
> III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
>
> IV - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
>
> V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
>
> VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
>
> VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;
>
> VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
>
> IX - escolher e destituir os auditores independentes, se houver.
>
> *Art. 143*. A Diretoria será composta por 2 (dois) ou mais diretores, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração, ou, se inexistente, pela assembléia-geral, devendo o estatuto estabelecer: (...)
>
> *Art. 144*. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), *competirão a qualquer diretor a representação da companhia* e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

A legislação, portanto, sugere adotar modelo dualista de administração para as sociedades anônimas, em que a administração seria compartilhada entre o Conselho de Administração e a Diretoria.

Porém, pela leitura do art. 138, § 1º, da LSA, percebe-se que, na verdade, a diretoria é o órgão realmente incumbido de desempenhar, de maneira efetiva, a gestão dos negócios sociais. Como esclarece ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS: "Os diretores são os verdadeiros executivos da sociedade anônima, sendo responsáveis pela sua direção e pela sua representação legal", enquanto o "conselho de administração é órgão deliberativo, que assume a incumbência básica de tratar das matérias especificamente relacionadas à gestão dos negócios" (cf. Direito Empresarial, 2ª ed., ed. Método, p. 336 e 339).

De fato, não se vê no elenco do art. 142 da LSA, que determina as competências do conselho de administração, nenhuma menção sobre a representação da sociedade, mas apenas funções deliberativas.

Assim, embora no conceito de administração da sociedade anônima se possa incluir a diretoria e o conselho de administração, apenas os diretores são representantes da sociedade, nos termos do art. 138, § 1º, parte final, sujeitos às restrições de ordem pessoal, insculpidas nos arts. 34 e seguintes da LF anterior.

Precioso estudo sobre o tema é encontrado em Parecer da lavra do Dr. *Roger de Carvalho Mange*, que aprecia a sujeição dos membros de Conselho de Administração de sociedade anônima falida às disposições dos arts. 34 e 37 do DL n. 7.661/1945, do qual destacam-se os seguintes trechos:

> Verifica-se, portanto, que *a lei tem em vista obrigar quem exercia a gestão da empresa falida, a trazer ao juiz da falência todos os elementos necessários para apuração do ativo e passivo e da regularidade das operações da falida.*
>
> Daí porque, tendo em vista a razão de ser dessas obrigações e das consequentes restrições impostas ao falido, comerciante em nome individual *ou às pessoas que representam, no processo falimentar, as sociedades comerciais falidas, deve-se concluir que o art. 37 da Lei de Falências, ao estabelecer quem são os representantes das sociedades falidas (...), se refere, de forma meramente enunciativa, às pessoas que, no momento da decretação da falência, estão gerindo os negócios sociais, com poderes para, como representantes da sociedade falida, praticar, em nome dela, os atos jurídicos necessários à consecução de todas as atividades da empresa.*
>
> (...)
>
> Assim, *embora a nossa vigente Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), promulgada mais de 30 anos depois do DL n. 7.661/1945, tenha criado*, com obrigatoriedade para as sociedades abertas e as de capital autorizado, *um novo órgão nas companhias, o conselho de administração, e declarado no* caput *do art. 138 que "a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria" - esclarece logo no § 1º desse art. 138 que "o conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores" - de tal forma que a referência a "administradores", constante do art. 37 da Lei de Falências, logo depois da menção a "diretores", não pode se referir a "conselheiros", membros do "conselho de administração" das sociedades anônimas, porque ao tempo da promulgação do DL n. 7.661/1945, as sociedades anônimas brasileiras não possuíam "conselho de administração" e a sua administração era exercida exclusivamente pelos diretores.*
>
> (...)

> Há diferentes momentos e diversas intensidades no que toca às responsabilidades dos membros do Conselho e da diretoria.
>
> Uma dessas diferenças é exatamente a de que, embora integrem, na sistemática do vigente ordenamento das sociedades anônimas, a administração da companhia, *os membros do conselho de administração não têm funções executivas, mas apenas deliberativas, consoante se vê das competências atribuídas pelo art. 142 da Lei n. 6.404/1976 a esse conselho. Por isso, não têm a representação da sociedade, não podendo, portanto, representá-la nem em juízo, nem fora dele. Não lhes cabendo essa representação não é possível atribuir aos membros do conselho de administração as obrigações e as consequentes restrições que o art. 34 da Lei de Falências impõe ao falido comerciante individual ou aos que representem as sociedades falidas, consoante previsto no art. 37 da mesma lei.* (v. "Membros do Conselho de Administração de Sociedade Anônima Falida"; *in* RT 667/1991, p. 34 a 38)

O entendimento acima parece acertado na medida em que, enquanto a diretoria da sociedade anônima, composta por, no mínimo, dois diretores, é, por essência, órgão de representação e administração, através do qual atua a sociedade, praticando os atos da vida civil, celebrando contratos, formalizando negócios diversos, o conselho de administração, composto por, no mínimo, três membros, não passa de órgão puramente deliberativo. Assim, enquanto a diretoria pode atuar de forma colegiada ou individual, agindo conjuntamente ou através de cada diretor representando a sociedade, o conselho de administração somente se manifesta validamente por deliberação coletiva, sendo inviável que conselheiro represente individualmente a companhia ou se confunda com o próprio conselho.

Não se mostra, assim, correta a interpretação dada ao art. 37 do DL n. 7.661/1945 pelo v. acórdão recorrido, que considerou a recorrente sujeita às disposições da regra legal indicada, pelo fato de ter sido membro do conselho de administração da falida, considerando-a, por isso, "representante da sociedade". Na realidade, como se vê nas normas transcritas, o membro de conselho de administração não é representante legal de sociedade anônima e a ele não se aplica, em regra, a norma do art. 37 da Lei de Falência antiga, salvo se, por cláusula estatutária ou por ter de fato extrapolado as funções meramente deliberativas do conselho, ele tiver se envolvido na administração da companhia.

No caso, ao negar provimento ao agravo de instrumento da ora recorrente, a eg. Corte Estadual confirmou a r. decisão de primeiro grau, a qual tinha mais de um relevante fundamento. Além do entendimento acima examinado, consta da r. decisão então agravada outro aspecto de *per se* suficiente para sustentar a conclusão contrária à pretensão da ora recorrente.

O MM. Juiz não apenas adotara a interpretação do art. 37, prestigiada pelo Tribunal e ora afastada, mas também levara em conta, em sua decisão, que "quem dirigia a empresa, na prática, era Débora Audi", invocando depoimentos colhidos nos autos (v. fl. 96). Portanto, fundamentando-se de forma mais contundente no contexto fático-probatório dos autos, refere a supostas irregularidades que teriam permeado a administração da empresa falida nos últimos anos, o que demonstraria a necessidade de maiores averiguações a justificar o afastamento do sigilo bancário de muitas pessoas ligadas à sociedade, inclusive da ora recorrente *Débora Conter Audi*, que assumira papel relevante como administradora de fato da falida (fls. 88-97).

Merece registro, acerca desses aspectos fático-probatórios, não enfrentados pelo v. acórdão recorrido, que, após a chegada dos autos a esta Corte Superior, a recorrente trouxe documentos (fl. 812 e seguintes), sobre os quais a recorrida teve oportunidade de se manifestar, nada tendo deduzido, que comprovariam que, a pedido do Ministério Público, o MM. Juiz de Primeira Instância determinou o arquivamento de inquérito falimentar com relação a *Débora Conter Audi*, inexistindo denúncia ante a ausência de indícios de autoria de delitos no âmbito falimentar (fls. 977-978).

Nesse contexto, como a Corte Estadual confirmou a decisão agravada sem apreciar expressamente essas questões fático-probatórias relevantes para solução do caso e adotadas na r. decisão confirmada no v. acórdão recorrido, insusceptíveis de apreciação nesta via recursal especial, é forçoso dar-se parcial provimento ao recurso para anular o v. acórdão recorrido, proferido no julgamento dos embargos de declaração de fls. 178 a 179, para que tais omissões e obscuridades sejam supridas, nos termos do art. 535 do CPC.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso especial de *Débora Conter Audi*, para anular o v. acórdão recorrido, proferido no julgamento dos embargos de declaração de fls. 178 a 179, para que as omissões e obscuridades acima reconhecidas sejam supridas, nos termos do art. 535 do CPC, ficando, assim, prejudicado o exame da Medida Cautelar n. 3.921-SP, em apenso.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, com os adendos mencionados.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, estou de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, com os adendos oferecidos pelos demais Ministros.

RECURSO ESPECIAL N. 897.045-RS (2006/0208867-7)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti
Recorrente: Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros
Advogado: Ronaldo Gelmini e outro(s)
Recorrente: Caixa Seguradora S/A
Advogado: Damiana Blanco Lopes e outro(s)
Recorrido: Os mesmos
Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogados: Sirlei Neves Mendes da Silva e outro(s)
Leonardo da Silva Patzlaff
Recorrido: Cigma Construções Ltda. e outro
Advogado: Antonio Carlos R Gomes

EMENTA

Recursos especiais. Sistema Financeiro da Habitação. SFH. Vícios na construção. Agente financeiro. Ilegitimidade. Dissídio não demonstrado. Interpretação de cláusulas contratuais. Vício na representação processual.

1. A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH

(1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

2. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato. A previsão contratual e regulamentar da fiscalização da obra pelo agente financeiro justifica-se em função de seu interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de mútuo, sendo de se ressaltar que o imóvel lhe é dado em garantia hipotecária. Precedente da 4ª Turma no REsp n. 1.102.539-PE.

3. Hipótese em que não se afirma, na inicial, tenha a CEF assumido qualquer outra obrigação contratual, exceto a liberação de recursos para a construção. Não integra a causa de pedir a alegação de que a CEF tenha atuado como agente promotor da obra, escolhido a construtora, o terreno a ser edificado ou tido qualquer responsabilidade em relação ao projeto.

4. O acórdão recorrido, analisando as cláusulas do contrato em questão, destacou constar de sua cláusula terceira, parágrafo décimo, expressamente que "a CEF designará um fiscal, a quem caberá vistoriar e proceder a medição das etapas efetivamente executadas, para fins de liberação de parcelas. Fica entendido que a vistoria será feita exclusivamente para efeito de aplicação do empréstimo, sem qualquer responsabilidade da CEF pela construção da obra." Essa previsão contratual descaracteriza o dissídio jurisprudencial alegado, não havendo possibilidade, ademais, de revisão de interpretação de cláusula contratual no âmbito do recurso especial (Súmulas n. 5 e n. 7).

5. Recurso especial da *Caixa Seguradora S/A* não conhecido e recurso especial do *Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros* não provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial da *Caixa Seguradora S/A* e negou provimento ao recurso especial do *Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros*, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Sustentou oralmente a Dra. Lenymara Carvalho, pela parte recorrida: Caixa Econômica Federal - CEF.

Brasília (DF), 9 de outubro de 2012 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 15.4.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recursos especiais interpostos com fundamento no art. 105, III, **c** da CRF, por *Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros* e pela *Caixa Seguradora S/A*, contra acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, cuja ementa assim dispõe:

> Responsabilidade civil. Ressarcimento de danos. Construção civil. Financiamento pela CEF. Ilegitimidade passiva para a reparação dos prejuízos.
>
> A Caixa Econômica Federal (CEF), enquanto agente responsável pela concessão do financiamento habitacional, não pode ser responsabilizada pelos prejuízos decorrentes dos vícios da construção.
>
> O agente financiador é apenas responsável pela fiscalização das etapas da construção da obra (para evitar que a construtora embolse todo o dinheiro e deixe, por falta de recursos, a obra inacabada), e não pela fiscalização da qualidade do material empregado no decorrer da construção.
>
> A apelante não logrou êxito em demonstrar que a CEF era responsável pelos defeitos ou vícios existentes no imóvel, razão pela qual não deve ser acolhido o presente apelo.

Em suas razões, ambos os recorrentes defendem a reforma do julgado, por entenderem existir notória divergência entre os acórdãos citados e o acórdão

recorrido, uma vez que a CEF, na qualidade de agente financeiro, deve ser responsabilizada pelos vícios de construção da obra por ela financiada.

Anoto que, após decisão proferida pelo Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), que negou provimento aos recursos especiais com base na ausência de comprovação do dissídio jurisprudencial, foram interpostos agravos regimentais, que, sob minha relatoria, foram providos por esta Quarta Turma para melhor exame do recurso especial (fls. 666-671 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Inicialmente, verifico que os poderes de representação da signatária do recurso especial da *Caixa Seguradora S/A* (fl. 533-544 e-STJ) não foram devidamente comprovados, uma vez que o substabelecimento de fl. 466 e-STJ foi assinado por advogada sem procuração nos autos (fl. 191 e-STJ). Por esse motivo, o recurso não merece ser conhecido.

Quanto ao recurso especial do *Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros* (fls. 477-503 e-STJ), entendo que as razões esposadas pelos recorrentes não merecem acolhimento. Observo que o acórdão recorrido, analisando as cláusulas do contrato em questão, destacou constar de sua cláusula terceira, parágrafo décimo, expressamente que "a CEF designará um fiscal, a quem caberá vistoriar e proceder a medição das etapas efetivamente executadas, para fins de liberação de parcelas. Fica entendido que a vistoria será feita exclusivamente para efeito de aplicação do empréstimo, sem qualquer responsabilidade da CEF pela construção da obra." Essa previsão contratual descaracteriza o dissídio jurisprudencial alegado e não havendo possibilidade, ademais, de revisão de interpretação de cláusula contratual no âmbito do recurso especial (Súmulas n. 5 e n. 7).

Mesmo que pudesse ser superado o mencionado óbice, melhor sorte não assistiria aos recorrentes.

Não desconheço a existência de diversos precedentes deste Tribunal no sentido de que o agente financeiro responde solidariamente com a construtora por vícios de construção em imóveis financiados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. No julgamento do REsp n. 51.169-RS, relator o

Ministro Ari Pargendler, entre outros que se lhe seguiram, decidiu-se que os contratos que envolvem compra e venda/construção e financiamento, quando compreendidos no SFH, perdem a autonomia, passando a ser conjuntamente considerados como "negócio de aquisição da casa própria", de modo que construtora e agente financeiro respondem solidariamente perante o mutuário por eventual defeito de construção. Segundo expresso no voto-vista do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito "entender de forma diversa seria autorizar a oportunidade de todo tipo de manobra financeira, considerando-se que os financiamentos destinam-se aos estratos de menor renda e, portanto, poderiam ser abastecidos com material de qualidade inferior a que foi programada, em contrariedade ao memorial descritivo, tudo passando ao largo da responsabilidade fiscalizadora dos agentes financeiros, que, como visto, em tais casos, não têm, apenas, a função de repasse dos recursos, mas também, a de fiscalização, o que quer dizer, a do acompanhamento para que a liberação dos recursos seja feita em obediência aos termos do contrato." Ficou vencido o Ministro Eduardo Ribeiro, o qual ressaltou que "a instituição financeira não assumiu responsabilidade, perante os promitentes compradores, em relação à boa execução da obra. As obrigações que têm de fiscalizar o seu andamento não trazem responsabilidade perante eles, porque se destinam simplesmente a verificar se é possível continuar a liberação das parcelas do empréstimo, tanto mais quanto esses empréstimos eram alocados por entes públicos."

Cumpre considerar, todavia, que não existe um único tipo legal e contratual de "negócio de aquisição da casa própria" no Sistema Financeiro da Habitação.

Com efeito, há diversas modalidades de financiamento para aquisição da casa própria no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, abrangendo financiamentos para imóveis de alta, média, baixa e baixíssima renda. Não me refiro, aqui, aos programas fora do SFH, os quais não têm limite máximo de valor financiado e cujas taxas de juros são livremente pactuadas a preço de mercado. Passarei a exemplificar, nos parágrafos que se seguem, apenas programas compreendidos no Sistema Financeiro da Habitação, valendo-me de descrição contida em memorial apresentado pela Caixa Econômica Federal em fevereiro de 2011.

Encontram-se, no SFH, programas, como o "Carta de Crédito SBPE", para aquisição e construção, sem limite de renda bruta familiar, com valores de financiamento de R$ 15.000,00 a R$ 450.000,00; outros, como "Carta de Crédito FGTS", para aquisição, construção e reforma, com renda familiar bruta

de R$ 465,00 a R$ 4.900,00; ainda com recursos do FGTS, há o *procotista*, sem limite de renda familiar, para pessoas físicas de alta renda.

Valendo-se de recursos do FAR (Fundo de Arrendamento Residencial), há o PAR (Programa de Arrendamento Residencial) e o Minha Casa Minha Vida, para famílias cuja renda varia entre 0 e 3 salários mínimos (Lei n. 10.150/2000, Lei n. 10.188/2001, Lei n. 10.859/2004, Lei n. 11.474/2007; Lei n. 10.188/2001, Lei n. 10.859/2004, Lei n. 11.474/2007, Lei n. 11.977/2009, Lei n. 12.024/2009).

Em outros programas de política de habitação social, os recursos são oriundos do Fundo de Desenvolvimento Social, do Orçamento Geral da União ou do FGTS, e a CEF atua como agente executor, operador ou mesmo apenas agente financeiro, conforme a legislação específica, concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais. Com exemplos, podem ser citados os seguintes produtos: Carta de Créditos FGTS/Operações Coletivas/ Garantia Caução de Depósitos; Carta de Crédito FGTS/Operações/Coletivas/ Outras Garantias; Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR) Recursos do FGTS e do OGU/MCMV; Programa Crédito Imobiliário/Recursos do FDN - Fundo de Desenvolvimento Social.

Não é necessário ressaltar que essas variadas linhas de financiamento estão sujeitas a regimes legais e contratuais substancialmente diversos, no que toca ao propósito do financiamento (aquisição, construção, reforma), limite do valor financiado, momento da contratação do mútuo (antes, durante ou depois de concluída a obra), à liberdade do mutuário de escolha da construtura e financiador e, sobretudo, ao papel exercido pelo agente financeiro.

Há hipóteses em que o financiamento é concedido ao adquirente do imóvel após o término da construção, sendo o imóvel novo ou usado. Em outras, o financiamento é concedido à construtora ou diretamente ao adquirente antes ou em fase intermediária da construção. Em outros casos, é o próprio mutuário quem realiza a construção ou reforma, com recursos emprestados pela CEF, cujo emprego é periodicamente vistoriado, como pressuposto para a liberação das parcelas seguintes do empréstimo.

No julgamento do REsp n. 950.522, a 4ª Turma alterou sua orientação, passando a entender que "a Caixa Econômica Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda redibitória, não respondendo por vícios na construção de imóvel financiado com recursos do Sistema Financeiro da Habitação". Ressalvou ponto de vista contrário o Ministro Luís Felipe Salomão.

O Ministro Aldir Passarinho Junior acompanhou o relator, "tendo em vista, especificamente, a natureza do empreendimento, porque há casos em que a CEF atua também como agente promotor, além de meramente financeiro, e, aí, ela terá uma responsabilidade maior, notadamente em empreendimentos de baixa renda, de caráter social."

Posteriormente, no julgamento do REsp n. 1.102.539-PE e também do REsp n. 738.071-SC, a 4ª Turma assentou que a questão da legitimidade passiva da Caixa Econômica Federal merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas, na concessão de financiamentos com recursos do SBPE (alta renda) e do FGTS (média e alta renda), (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

I

Nas hipóteses em que a CEF atua meramente como agente financeiro em sentido estrito, não vejo, via de regra, como atribuir-lhe, sequer em tese - o que seria necessário para o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* - responsabilidade por eventual defeito de construção da obra financiada.

A mera circunstância de o contrato de financiamento ser celebrado durante a construção, ou no mesmo instrumento do contrato de compra e venda firmado com o vendedor, não implica, a meu sentir, a responsabilidade do agente financeiro pela solidez e perfeição da obra.

Não se trata, aqui, de cadeia de fornecedores a ensejar solidariedade, porque as obrigações de construir e de fornecer os recursos para a obra são substancialmente distintas, guardam autonomia, sendo sujeitas a disciplina legal e contratual própria. O adquirente tem liberdade para escolher, independentemente, construtora e instituição financeira, pode optar por não financiar, pagando à vista mediante desconto, ou obter financiamento da própria construtora.

Nesta hipótese, a instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao

cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas e condições acordadas, tendo por contrapartida a cobrança dos encargos também estipulados no contrato.

Figurando ela apenas como financiadora, em sentido estrito, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, não responde pela exatidão dos cálculos e projetos, e muito menos pela execução dos serviços desenvolvidos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro.

Ressalto que impor ao agente financeiro, quando atua apenas nesta qualidade, o ônus de responder por vício de construção, em caráter solidário, sem previsão legal e nem contratual (art. 896 do Código Civil), sem nexo com a atividade típica desenvolvida pelas instituições financeiras, implicaria aumentar os custos da generalidade dos financiamentos imobiliários do SFH, pois a instituição financeira passaria a ter que contar com quadros de engenheiros para fiscalizar, diariamente, a correção técnica, os materiais empregados e a execução de todas as obras por ela financiadas, passo a passo, e não apenas para fiscalizar, periodicamente, o correto emprego dos recursos emprestados.

Nestes casos em que atua como agente financeiro estrito senso, a previsão contratual e regulamentar de fiscalização da obra, pela CEF, tem o óbvio motivo de que ela está financiando o investimento, tendo, portanto, interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento, cujo imóvel lhe é dado em garantia hipotecária. Se constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integralmente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento. Em relação à construtora, a CEF tem o *direito* e não o dever de fiscalizar. O dever de fiscalizar surge perante os órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, podendo ensejar sanções administrativas, mas não ser invocado pela construtora, pela seguradora ou pelos adquirentes das unidades para a sua responsabilização direta e solidária por vícios de construção.

Fosse o caso de atribuir legitimidade à CEF nas causas em que se discute vício de construção de imóvel por ela financiado (financiamento em sentido estrito), deveria ela figurar no pólo ativo da demanda, ao lado dos adquirentes dos imóveis, os mutuários, como bem lembrado pelo Ministro Aldir Passarinho Junior em seu voto no REsp n. 950.522-PR, precedente que marcou a reformulação da jurisprudência da 4ª Turma a propósito do tema. Isto porque a CEF tem interesse direto na solidez e perfeição da obra, uma

vez que os apartamentos lhe foram dados em hipoteca. O vício de construção deprecia o bem dado em garantia em prejuízo do mutuário e também do credor hipotecário. Entendimento contrário terminaria, conforme também acentuou o Ministro Aldir Passarinho Junior, por "dar cobertura para a grande inadimplente, que é a construtura", além eximir o mutuário das consequências de sua conduta de contratar com construtora, que aparentemente oferecesse o melhor negócio, sem tomar todas as cautelas possíveis para assegurar-se previamente de sua idoneidade. O agente financeiro passaria à condição de "segurador" de todos os riscos do empreendimento, o que, sem dúvida, aumentaria o custo do financiamento.

O móvel inspirador dos acórdãos que entendem pela responsabilidade solidária da instituição financeira com a construtora por eventuais vícios de construção nos imóveis financiados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (REsp n. 51.169-RS, rel. o Ministro Ari Pargendler, entre outros) é o de que tal responsabilização favoreceria a melhoria de qualidade dos imóveis a serem construídos. Não levam em conta, todavia, *data maxima venia*, tais precedentes que esta possível melhoria não seria gratuita, pois elevaria os custos embutidos na generalidade dos financiamentos, naturalmente repassados ao mutuário final, o que contraria os interesses da massa dos consumidores e do Sistema Financeiro da Habitação.

Assim, não responde a CEF, perante o mutuário, por vício na execução da obra cometido pela construtora por ele escolhida para erguer o seu imóvel, ou de quem ele, por livre opção, adquiriu o imóvel já pronto.

II

No segundo grupo de financiamentos lembrados no início do voto, há diferentes espécies de produtos financeiros destinados à baixa e à baixíssima renda, em cada um deles a CEF assumindo responsabilidades próprias, definidas em lei, regulamentação infralegal e no contrato celebrado com a entidade organizadora e/ou com os mutuários.

Em alguns casos, como em programas com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), a CEF tem responsabilidade direta na própria edificação dos empreendimentos, contratando a construtora e, por fim, arrendando ou vendendo os imóveis aos mutuários.

Existem também, como já visto, programas de política de habitação social, nos quais os recursos são oriundos do Fundo de Desenvolvimento Social,

do Orçamento Geral da União ou do FGTS, e a CEF atua como agente executor, operador ou mesmo apenas agente financeiro, conforme a legislação específica de regência, concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais.

As responsabilidades contratuais assumidas pela CEF variam conforme a legislação disciplinadora de cada um desses programas, o tipo de atividade por ela desenvolvida e o contrato celebrado entre as partes.

Será possível, então, em tese, identificar, a depender dos fatos narrados na inicial (causa de pedir), hipóteses em que haja culpa *in eligendo* da CEF na escolha da construtora, do terreno, na elaboração e acompanhamento do projeto etc.

Os papéis desenvolvidos em parceria pela construtora e pelo agente financeiro poderão, em alguns casos, levar à aparência de vinculação de ambos ao conjunto do "negócio da aquisição da casa própria", podendo ensejar a responsabilidade solidária.

Ressalto que, ao meu sentir, o relevante para a definição para legitimidade passiva da instituição financeira não é propriamente ser o empreendimento de alta ou baixa renda e nem a existência, pura e simples, de cláusula, no contrato, de exoneração de responsabilidade. O que importa é a circunstância de a CEF exercer papel meramente de instituição financeira, ou, ao contrário, haver assumido outras responsabilidades concernentes à concepção do projeto, escolha do terreno, da construtora, aparência perante o público alvo de co-autoria do empreendimento, o que deve ser apreciado consonante as circunstâncias legais e de fato do caso concreto.

É certo que, em geral, tais atividades desbordantes da atividade financeira típica são desempenhadas especialmente nos programas destinados às classes sociais mais carentes, no exercício, muitas vezes, de funções delegadas pelo Governo Federal, eventualmente com escassa margem de lucro, dificuldade de retorno de capital e até mesmo, em algumas situações, com recursos públicos orçamentários da União ou de programas federais. Nestes casos, a responsabilidade da CEF, promotora ou parceira do empreendimento, deverá ser aferida com base no nexo de causalidade entre os serviços de sua alçada e o dano alegado na inicial, conforme a legislação própria, a qual pode exorbitar o âmbito do direito civil e do consumidor, aproximando-se dos princípios de direito administrativo e constitucional.

Em síntese, diversamente do que ocorre quando atua como agente financeiro em sentido estrito, considero, em princípio, ter a CEF legitimidade para responder por vícios de construção nos casos em que promoveu o empreendimento, teve responsabilidade na elaboração do projeto com suas especificações, escolheu a construtora e/ou negociou os imóveis, ou seja, quando realiza atividade distinta daquela própria de agente financeiro estrito senso (cf. voto-vista proferido no Recurso Especial n. 738.071- SC, julgado em 9.8.2011, Quarta Turma, relator Min. Luis Felipe Salomão).

III

Não cabe, no presente voto, adiantar entendimento acerca da responsabilidade da CEF em cada um desses múltiplos tipos de atuação, o que deverá ser perquirido em cada caso concreto, a partir dos fatos narrados na inicial (causa de pedir) e das responsabilidades assumidas pelas partes envolvidas conforme o contrato e a legislação de regência respectiva.

Examino, portanto, apenas o caso concreto posto no presente recurso especial.

No caso dos autos, na petição inicial não é narrada conduta alguma atribuída à CEF, a não ser a circunstância de figurar como agente financeiro em sentido estrito.

O financiamento foi concedido aos mutuários diretamente (embora no mesmo instrumento que aperfeiçoou a compra e venda do terreno), os quais constituíram condomínio com a finalidade de obter empréstimo para a aquisição de terreno e construção. Não se alega, na inicial, tenha a CEF escolhido a construtora responsável pela obra e nem tido ingerência alguma na escolha do terreno, elaboração do projeto e definição das características do empreendimento.

Anoto, ainda, que não se postula, na inicial, a rescisão ou a revisão dos encargos do contrato de financiamento, pedidos em relação aos quais o agente financeiro teria legitimidade passiva, mas apenas indenização por danos materiais e morais decorrentes dos vícios de construção alegados na inicial, identificados após anos de uso, questões estas alheias à relação contratual com a Caixa Econômica Federal.

Incensurável, portanto, a exclusão da CEF do polo passivo da relação processual, com a remessa dos autos à Justiça Estadual.

Em face do exposto, não conheço do recurso especial da *Caixa Seguradora S/A* e nego provimento ao recurso especial do *Condomínio Edifício Residencial da Praça e outros*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, eminentes Pares, parabenizando a eminente Relatora, também compreendo que, nessa modalidade de contrato, esse acompanhamento é de etapas tão somente para liberar as verbas quanto ao custeio e financiamento, não mais do que isso, ao menos na modalidade de contrato, que agora está *sub judice*. Portanto, com essas ponderações, também cumprimentando o eminente Subprocurador-Geral, como sempre muito combativo, acompanho a eminente Relatora.

Não conheço do recurso especial da Caixa Seguradora e nego provimento ao recurso especial do condomínio.

Presidente o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão

Relatora a Sra. Ministra Isabel Gallotti

Quarta Turma - Sessão de Julgamento 9.10.2012

RECURSO ESPECIAL N. 1.189.692-RJ (2010/0066761-1)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Lauro César Martins Amaral Muniz
Advogado: Carlos Diogo Korte e outro(s)
Recorrido: Eliane Egpy Ganem
Advogado: Marlan de Moraes Marinho Junior e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Direito Autoral. *Aquarela do Brasil*. Roteiro/*script*. Minissérie. Art. 8º, inc. I, da Lei n. 9.610/1998. Apenas as idéias não são passíveis de proteção por direitos autorais.

1. É pacífico que o direito autoral protege a criação de uma obra, caracterizada como sua exteriorização sob determinada forma, não a idéia em si nem um tema determinado. É plenamente possível a coexistência, sem violação de direitos autorais, de obras com temáticas semelhantes. (art. 8º, I, da Lei n. 9.610/1998).

2. O fato de ambas as obras em cotejo retratarem história de moça humilde que ganha concurso e ascende ao estrelato, envolvendo-se em triângulo amoroso, tendo como cenário o ambiente artístico brasileiro da década de 40, configura identidade de temas. O caso dos autos, pois, enquadra-se na norma permissiva estabelecida pela Lei n. 9.610/1998, inexistindo violação ao direito autoral.

3. *Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. Uma Inês de Castro não preclude todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede uma erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema"*(ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: renovar, 1997. p. 28).

4. Recurso especial a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Vencido, em parte, o Ministro Antonio Carlos Ferreia, em relação aos honorários advocatícios de sucumbência. Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Eliane Egpy Ganem ajuizou ação objetivando indenização por danos materiais e morais em face de Lauro César Martins Amaral Muniz e TV Globo Ltda. Aduziu que elaborou um *script* e intitulou *Aquarela do Brasil*, registrando a obra junto a Biblioteca Nacional em junho de 1996. Outrossim, afirma que entregou os originais a diversas redes de televisão, dentre elas a TV Globo. Colacionou aos autos a obra de onze páginas *Aquarela do Brasil* - argumento para criação de roteiro de Eliane Ganem.

Afirmou ter sido usurpada pela TV Globo quando da transmissão da minissérie com o mesmo nome, em agosto de 2000, de autoria de Lauro César Martins Amaral Muniz. Sustentou que havia simetria total com os personagens concebidos pela autora, embora, a cada capítulo, a novela possa ter desdobramentos diferentes. Acrescentou que seu *script* e a minissérie da TV Globo possuem a mesma moldura: os anos 40 e 50 no Rio de Janeiro, imagens e campos de concentração, e bombardeios que aconteceram durante a Segunda Guerra Mundial.

Pugnou pelo recebimento de danos morais e materiais, bem como requereu que a TV Globo fosse compelida a reencenar toda a minissérie *Aquarela do Brasil*, no mesmo horário nobre em que foi transmitida, com o seu nome como autora da obra.

Após as contestações, foram realizados laudos periciais (fls. 1.447-1.491; 1.523-1.544 e 1.551-1.627).

O Juízo da 14ª Vara Cível Central da Comarca do Rio de Janeiro julgou improcedente a pretensão veiculada, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento à apelação interposta por Eliane Egpy Ganem, ora recorrida.

A decisão tem a seguinte ementa (fls. 2.732-2.733):

> *Ação de indenização. Rito ordinário*. Apreciação inicial a respeito do Agravo Retido pela não realização de prova pericial contábil. Desnecessidade. Eventual *quantum* a ser pago à apelante deverá ser apurado na fase de liquidação de sentença.
>
> Quanto ao recurso de apelação a discussão gera em torno de direitos autorais. Obra literária registrada na Biblioteca Nacional pela apelante. Minissérie "Aquarela do Brasil", passada no contexto histórico-politico das décadas de 40

> e 50, apresentando na sua trama o ambiente do Cassino da Urca, bem como os artistas da época. Novela registrada desde 1996 nos acervos da Biblioteca Nacional pela apelante. Caráter meramente assecuratório. Proteção da propriedade intelectual. Alegação de violação dos direitos autorais decorrentes do plágio da obra registrada. Inconformismo da autora com a sentença que julgou improcedente o pedido deduzido na inicial. Manifesta evidência de plágio que enseja dever indenizatório. Danos materiais que devem ser apurados em liquidação de sentença. Danos morais fixados em cem mil reais, solidariamente, levando-se em consideração o tempo decorrido, o sofrimento da apelante, as suas condições pessoais e as condições financeiras dos apelados, tudo em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, de modo a não ensejar enriquecimento ilícito da parte beneficiada e empobrecimento das partes vencidas. Juros legais a partir da citação e correção monetária a partir da data do acórdão. Danos materiais que deverão ser liquidados, tendo-se por base o valor pago pela TV Globo ao autor pela obra contrafeita ou por outro trabalho semelhante do mesmo nível do autor, com juros a partir da citação e correção monetária a contar da data do pagamento. feito ao segundo apelado. Inversão dos ônus da sucumbência.
>
> Condenações solidárias. *Agravo retido improvido* e *recurso de apelação provido parcialmente*.

Opostos embargos de declaração pelas partes, foi dado provimento parcial aos embargos ofertados por Lauro César Martins Amaral Muniz, apenas para corrigir erro material no acórdão referente à numeração das folhas. Foi negado provimento aos demais.

Interpôs o réu Lauro César Martins Amaral Muniz recurso especial, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea **a**, da Constituição Federal, sustentando violação ao art. 535, I e II do CPC; bem como ofensa aos arts. 21, 131, 145, 458, II, do CPC, art. 8º, inc. I, da Lei n. 9.610/1998 e art. 944 do CC.

Alega que o entendimento do Tribunal de Justiça, no sentido de que as idéias literárias são suscetíveis de proteção pelo direito autoral, contraria aberta e frontalmente o texto expresso no art. 8º, inc. I, da Lei n. 9.610/1998, segundo o qual "não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta lei as idéias".

Assevera que escreveu minissérie em torno do mais corriqueiro dos chavões novelescos: "moça humilde, com o auxílio do tio, ganha um concurso de canto, sobe na vida e se envolve em um triângulo amoroso", tendo como pano de fundo o Brasil da Era Vargas e da Segunda Guerra Mundial. Esclarece que o tema - despido de qualquer originalidade e criatividade - servia de mero fio

condutor para o ingresso da audiência no ambiente cultural brasileiro dos anos 40 e 50, enfatizando a participação do Brasil na Segunda Guerra e os embates ideológicos que dominaram a política da época.

Afirma que, a despeito da interposição de embargos de declaração, o Tribunal *a quo* negou-se a sanar as omissões, contradições e obscuridades, causando a nulidade dos acórdãos que, nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, somente deverá ser pronunciada caso, por absurdo, não se dê provimento ao especial quanto ao seu merecimento.

Esclarece que a Desembargadora Relatora incorreu em erro material ao afirmar que ambos os personagens cantavam *Ave Maria do Morro*, por ser fato incontroverso nos autos que a moça humilde da minissérie ascendeu ao estrelato como cantora, enquanto que a personagem da ora recorrida tornou-se célebre atriz, não cantando nada.

Argumenta, entretanto, que independente do erro material, ambas situações são meras idéias absolutamente insuscetíveis de proteção autoral.

Acena que o acórdão ora combatido recusou as conclusões do laudo pericial da lavra do Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Autoral, Dr. Sydney Limeira Sanches; e da assistente do recorrente, Bárbara Heliodora - reconhecida como a maior crítica de teatro brasileira -, sem fundamentar tal rejeição. Esclareceu que ambos concluíram pela inocorrência de plágio, enquanto que o assistente da ora recorrida, funcionário da Biblioteca Nacional, divergiu.

Aduz que o acórdão, ao invés de fixar a indenização por danos materiais medindo-a segundo a extensão do suposto dano sofrido pela recorrida, que limitou-se a redigir um roteiro de 11 páginas, fixou-a no valor percebido pelo recorrente para elaboração de minissérie completa de 1.800 páginas, violando, assim, o art. 944 do Código Civil.

Sustenta que o acórdão arbitrou indenização por dano moral em valor exorbitante, 285 salários mínimos, violando a jurisprudência pacífica desta Corte e, também, o art. 944 do CC.

Assevera que, não obstante a recorrida tenha sido vencida na parte mais substancial do pedido - que a TV Globo fosse compelida a retransmitir a minissérie no mesmo horário nobre com o nome da ora recorrida como autora, sob pena de multa diária de 10 mil reais -, o acórdão recorrido não distribuiu proporcionalmente os honorários de sucumbência, negando vigência ao art. 21 do CPC.

Contrarrazões às fls. 3.426-3.453

Dei provimento ao Agravo de Instrumento n. 1.122.517-RJ para determinar a subida do presente recurso especial.

Inicialmente, porém, houve decisão negando seguimento ao recurso especial, ao entendimento de que o recolhimento do preparo não foi comprovado (fls. 3.901).

Interposto agravo regimental pelo ora recorrente, o seu provimento foi negado (fls. 3.935-3.939).

Opostos embargos de declaração sustentando erro material, esses foram acolhidos de modo a dar seguimento ao recurso especial (fls. 4.060-4.061).

Anoto que a TV Globo Ltda., embora tenha interposto recurso especial do acórdão que a condenou, de forma solidária, juntamente com o ora recorrente ao pagamento de R$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, e, por danos materiais, à quantia equivalente ao que a emissora teria pago ao ora recorrente pela minissérie, seu agravo foi improvido - em razão de o preparo de seu recurso especial ter sido efetuado tardiamente. O acórdão transitou em julgado em 19.2.2010 (Ag n. 1.125.080).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado.

Verifico a não ocorrência dos vícios ensejadores da oposição de embargos declaratórios, tendo o Tribunal fundamentado sua decisão no princípio do livre convencimento motivado, apenas divergindo da pretensão do recorrente.

Ademais, conforme jurisprudência remansosa desta Corte, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A controvérsia instalada nos autos e devolvida a esta Corte resume-se a saber se houve violação ao art. 8º, inc. I, da Lei n. 9.610/1998, ao ser reconhecido pelo Tribunal de origem que a minissérie escrita pelo ora recorrente é plágio do *script*/roteiro da recorrida, ambos de nome *Aquarela do Brasil*.

O art. 8º, inciso I, da Lei em comento, dispõe:

> Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:
>
> I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

Ao examinar a questão, a Juíza Vanessa de Oliveira Cavalieri Felix, assim se manifestou:

> [...]
>
> O cerne da controvérsia posta em exame gravita em torno de se verificar se a obra produzida pelo Segundo Réu e veicula pela emissora Primeira Ré efetivamente caracteriza plágio da obra elaborada e registrada pela Autora ou não, premissa esta da qual decorre o suposto direito que a Autora alega ter.
>
> Para dirimir tal questão, impunha-se, evidentemente, a realização de prova técnica, elaborada nos autos através do laudo pericial de exame de obra acostado às fls. 1.310-1.354.
>
> Assim é que o Perito do juízo, frise-se, jurista de notório escol no país, examinou minuciosamente ambas as obras e concluiu que ambas são inéditas, não tendo ocorrido o plágio alegado.
>
> Com efeito, não há como se negar que ambas as criações apresentam semelhanças, a começar pelo próprio nome, e prosseguindo pela década e cidade em que as histórias são ambientadas, além do tema central, que é, em síntese, a música brasileira da década de 40.
>
> Todavia, como se vê do detalhado exame da estória e dos personagens de ambas as obras trazido no corpo do laudo pericial, as semelhanças restringem-se à idéia central e aos fatos históricos e personagens reais retratados, os quais, partindo da premissa de que ambos os Autores se preocuparam em se manter fiéis aos fatos como efetivamente ocorreram na história do Brasil, obviamente teriam que ser idênticos.
>
> As semelhanças entre os personagens fictícios apontados pela Autora, na verdade, não existem, como se vê das comparações trazidas às fls. 1.326-1.327, sobre as personagens principais e 1.337-1.338, sobre os dois triângulos amorosos das tramas, que evitamos transcrever por medida de economia.
>
> "Aquarela do Brasil", por si só, não é indicativo de plágio, uma vez que se trata do nome da canção mais conhecida do período retratado nas obras, que, repita-se, têm a música brasileira como tema central, e que, como bem salientou o Perito, é conhecida como hino extra-oficial do Brasil até os dias de hoje.
>
> Pelo exposto, o que se extrai de todas as provas reunidas nos autos é que ambos os artistas - Autora e Réu, criaram obras 'inéditas e autênticas, partindo de

uma única idéia geral, - a história da música popular brasileira na década de 40, passada no Rio de janeiro, à época capital política e cultural do país, mantendo-se fiéis aos fatos históricos e personagens reais, como cantores, atores, políticos, etc, que, por óbvio, são os mesmos.

Não há, porém, a mesma identidade quanto aos personagens fictícios, a não ser quanto a circunstâncias gerais de cada um, próprias da época, como, por exemplo, as profissões e atividades desenvolvidas pelos personagens.

Assim sendo, evidencia-se que o direito autoral da Autora, que merece proteção jurídica no que tange à obra criada, mas não à mera idéia geral, não sofreu qualquer violação por parte da obra criada pelo Segundo Réu, razão pela qual não há como prosperar a sua pretensão reparatória.

Isto posto, *julgo improcedente* a pretensão veiculada no pedido.

[...]

O Tribunal *a quo*, por sua vez, acolhendo as razões de apelação, destacou:

[...]

E nesse contexto, entendeu o Juízo sentenciante que as simetrias apontadas em respeito aos personagens fictícios, aos personagens principais e aos dois triângulos amorosos não existiram (fls. 2.611-2.612), sendo certo, portanto, que ambas as obras são autênticas, malgrado tenham por pano de fundo uma única idéia central, qual seja, o resgate da memória cultural e artístico da cidade do Rio de Janeiro da década de 40.

Em que pese o entendimento da eminente Julgadora de Primeiro Grau, temos que é inegável que os apelados usurparam a idéia criativa da apelante, manifestada pela personagem de Dalila, menina de origem humilde, que depois de uma audição, ascende ao estrelato das rádionovelas, escondida da família. A personagem Isa, também de origem humilde e escondida da família, ascende na carreira artística depois de um concurso de música, em que interpretou "Ave Maria do Morro", de acordo com o escrito pela apelante.

Lembro que para a caracterização do plágio, não se faz necessário que os nomes das personagens fictícias sejam idênticos, bastando a usurpação da idéia criativa para caracterizar a contrafação. *In casu*, em ambas as tramas, independente do cenário histórico-político da década de 40, o núcleo dramático gira em torno de uma menina de origem humilde e que sonha em se tornar artista. Diga-se que em ambas as novelas, a menina, às escondidas da família, realiza testes, interpretando "Ave Maria do Morro".

Observe-se, ainda, que o desenrolar da vida e ascensão da moça humilde que deseja o estrelato é simétrica em ambas as tramas. Também são paralelos os triângulos amorosos surgidos em ambas as criações. Embora existam inúmeras obras retratando triângulos amorosos, bastante a leitura das peças acostadas

aos autos para percebermos a co-relação entre aquele idealizado pela apelante e pelos apelados. O próprio apelado em sua defesa ressaltou, grifando:

> (...) há um triângulo tema que lembra o descrito no argumento da autora (grifo do original)

Assim como a personagem fictícia Dalila, o triângulo amoroso integra o conteúdo original da obra. Não se confunde o fato de outras produções terem mostrado triângulos amorosos com o conteúdo original das obras em exame. Retratar triângulos amorosos não é original, mas sim o é o conteúdo de cada triângulo. Vale mencionar que o desenrolar das vidas de personagens fictícios, bem como suas relações amorosas inserem-se no conteúdo criativo da novela.

A trama dos apelados envolve um triângulo afetivo que não apenas "lembra" o da apelante, conforme mencionado pelo próprio réu, mas sim, tem as mesmas características e é retratado nos mesmos moldes daquele registrado pela apelante. Logo, inconteste a contrafação.

Do laudo pericial, item IV (fls. 1.318), registra-se:

> Portanto: I) as duas obras objeto da análise se passam durante a década de 1940, sendo pautadas pelo panorama político e cultural da época, marcada pelo auge do rádio, pelo reconhecimento do samba, dos compositores e intérpretes no cenário cultural brasileiro, pela política de Vargas, pela Segunda Guerra Mundial e pelos seus reflexos no Brasil e II) as duas sobras tem como ponto central a história da ascensão artística de uma jovem humilde na chamada "era do rádio".

Se a alínea "i)" integra o conteúdo não original das obras, pois de domínio comum, a "ii)", por sua vez, integra o original, criativo, em virtude de partir de uma ficção do autor da obra.

Destarte, ao contrário do que afirmou o perito (fls. 1.321), em plena contradição, as semelhanças não se restringem ao tema, à idéia geral que norteia as duas criações, que é o ambiente artístico da década de 40. Isto, nada mais é do que o pano de fundo, o contexto da trama, cujo tema central é a ascensão da menina humilde, escondida da família, ao estrelato do rádio.

Sem embargo das conclusões do ilustre perito nomeado pelo Juízo, ainda assim, deve ser levado em conta o minucioso trabalho executado pelo "expert" indicado pela apelante, que executou um trabalho maravilhoso, explicitando com cuidado todas as nuances que envolvem os textos, um de autoria da apelante e o outro de autoria do segundo apelado (Lauro), advindo daí a certeza de que inúmeras foram as "chamadas" coincidências entre os textos, que ultrapassam em muito o que pode ser considerado como "simples coincidências", passando a ser consideradas como apropriação indevida, a se ter em mente que a apelante

registrou sua obra muito antes da obra do segundo apelado estar disponível na TV. E ademais, chegou a apelante a entregar o "Argumento" em mãos de um diretor integrante da empresa, primeira apelada (TV Globo), fato que restou inconteste, em que pesem as negativas a respeito da contrafação durante todo o processo.

E com base na prova pericial produzida é que tem-se como contrafeita a obra reinvindicada pela apelante, haja vista as inúmeras coincidências, quer seja no enredo, quer seja nos triângulos amorosos, quer seja no contexto em si, não se tratando de meras coincidências que em nada podem ser confundidas com a contrafação ora em exame.

No esteio da jurisprudência, para o reconhecimento da contrafação, desnecessário que as obras comparadas sejam idênticas na sua integralidade. Suficiente que existam simetrias entre os conteúdos originais. Aliás, a contrafação visa, em síntese, burlar os direitos autorais, introduzindo na obra usurpada, pequenas modificações.

[...]

Pelo exposto, fica notória a contrafação da obra, configurando-se a violação aos direitos autorais, sendo devidos, pois, os danos pleiteados pela autora da obra, ora apelante, de acordo com a jurisprudência predominante (grifei):

(...)

Com relação aos danos materiais, estes são procedentes, já que a exploração comercial indevida da criação dá azo ao locupletamento ensejando o repasse a sua autora dos lucros daí decorrentes, devendo, pois, serem quantificados em eventual liquidação.

A seu turno, os danos morais comprovam-se *in re ipsa*, haja vista a violação dos direitos personalíssimos da apelante, como a autoria e a imagem.

Apenas a título de ilustração, registre-se que os direitos da personalidade são, na lição do Professor Carlos Alberto Bittar (*in* Os Direitos da Personalidade, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 01), "os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos", o que significa em aperta síntese, serem aqueles inerentes ao ser humano, intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, como a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a honra e a intimidade.

Observando-se a extensão do dano, os limites do razoável e da prudência, a condição econômica dos réus, a justa compensação pelos danos sofridos pela autora, visando a atender ao caráter punitivo-pedagógico, mas sem ensejar enriquecimento sem causa, tenho por suficiente e razoável a quantia de R$ 100.000,00 (cinqüenta mil reais), *solidariamente*, acrescidos dos juros de mora

> na forma prevista no Cód. Civil a partir da citação e correção monetária a contar desta data, condenando-os ainda, ao pagamento das custas e verba honorária arbitrada em 15% sobre o valor apurado na condenação.
>
> Por fim, repiso que a indenização pelo dano extrapatrimonial não tem o condão de retornar à apelante ao *status quo ante*, apenas compensá-la. Com isso, ela não pode se traduzir num fator de enriquecimento da vítima.
>
> Ressalte-se que o pedido da apelante quanto à inscrição de seu nome na obra intitulada "Aquarela do Brasil" não faz o menor sentido, a se ver que trata-se de obra contrafeita, sendo a apelante detentora dos direitos da obra original e não, daquilo que foi falsificado e em outras palavras, encontra-se revestido de "maquiagem" de forma a parecer original.
>
> Quanto aos danos materiais, a apelante deverá ser ressarcida na mesma proporção do valor pago ao segundo apelado (Lauro), pela primeira apelada (TV Globo), cabendo a ela, apelante, receber o valor pago pela obra em questão ou em última análise, por trabalho semelhante do mesmo nível daquele que foi apresentado pelo segundo apelado (Lauro), tudo acrescido dos juros a partir da citação e correção monetária a partir do pagamento por ele recebido.
>
> Destaca-se por último, que as condenações pecuniárias são *solidárias*, de modo a não pairar nenhuma dúvida.
>
> (fls. 2.725-2.760)

3.1 Urge, portanto, definir se apenas a idéia gera direito autoral.

O jurista renomado José de Oliveira Ascensão, ao discorrer sobre as idéias, afirma que não há propriedade ou exclusividade dessas, e que, uma vez concebidas, configuram patrimônio comum da humanidade. Esclarece também que não são protegidos os temas, podendo ser retomados milhares de vezes, afirmando: *"Uma Inês de Castro não preclude todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede uma erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema"* (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: renovar, 1997. p. 28).

O mesmo autor afirma que há uma prefiguração, mesmo que vaga, para se obter a obra literária. E sobre essa prefiguração, a idéia cria forma. O percurso poderá ser longo e tormentoso e, por vezes, a forma sai até mais valiosa que a idéia (*op. cit*. p. 30).

Por sua vez, Antonio Chaves afirma (CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual.* São Paulo: LTr, 1995. p. 26):

> O autor está livre de dar ou não publicação às suas idéias. Mas, "uma vez realizada a publicação, produz-se um fenômeno que escapa ao seu domínio: a

> idéia não é somente sua; o público a possui e já não pode perdê-la mais. A idéia é refratária, por sua própria natureza, ao direito de propriedade que presume a possibilidade de uma posse exclusiva.

Eliane Y. Abrão (ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora Brasil, 2002. p. 160-161) explica que a qualquer um é dado escrever literatura baseada em triângulo amoroso ou nas diversas situações, trágicas ou cômicas, decorrentes das lutas de classes sociais, ou de escrever sobre temas e personagens da história e conclui:

> [...]
>
> Por isso, ninguém deve deter um privilégio sobre esses temas ou referências, mostrando a realidade que a convivência de semelhantes no universo cultural, didático ou de entretenimento é saudável e um grande suporte à liberdade de expressão.
>
> [...]
>
> A realidade demonstra, também, que obras partindo de semelhanças conceituais têm um resultado diferente umas das outras, como consequência da contribuição, da óptica ou da estética individual de cada escritor, artista, diretor, ou estudioso, que dá ensejo a obras distintas, mesmo partindo de dados idênticos. O autor não inventa: cria a partir de elementos já postos à sua disposição pela sociedade.
>
> [...]
>
> Como todos os criadores de obras intelectuais lidam com elementos de manifestação da cultura humana, a literatura, a música, a arte pictórica, todas essas expressões culturais são digeridas pelo artista, que as transforma segundo seu código próprio de criação. E o resultado é, não raras vezes, muito próximo: há diversas pinturas semelhantes. há músicas semelhantes, algumas com compassos idênticos, há projetos arquitetônicos semelhantes, há filmes com temática e cenas semelhantes, o mesmo ocorrendo na literatura, no teatro, etc., sem que isso signifique derivação, e sem que deixem de ser portadoras de identidade própria. A todas essas obras, individualmente, devem ser conferidas a proteção autoral, e todas podem coexistir harmonicamente no mercado editorial, de discos, livros, filmográfico ou radiodifundido, sem que isso possa ser entendido como violação aos direitos autorais recíprocos.

Não é diferente a lição de Hermano Duval (DUVAL, Hermano. *Violações dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1968. p. 56-57):

> Nessa base, a mais rudimentar análise desde logo revela que em qualquer obra literária, artística ou científica coexistem dois elementos fundamentais à sua integração, a idéia e a forma de expressão.

> Assim, se duas obras, sob formas de expressão diversas, contêm a mesma idéia, segue-se que nenhuma poderá ser havida como plágio da outra. Tão-somente porque a forma de expressão é diversa? Não. Mas porque a idéia é comum, pertencendo a todos, não pertence exclusivamente aos autores das obras em conflito. Com efeito, as idéias pertencem ao patrimônio comum da humanidade.

O jurista inglês Michael F. Flint, ao analisar situação de semelhança entre duas obras afirma (A *User's Cuide to Copyright*, Butterworths, Londres, 1979, p. 42. *Apud*, GANDELMAN, Henrique. *O que é plágio?* Revista da ABPI - n. 75 - mar/abr 2005):

> O direito autoral, como sabemos, se refere à proteção de forma, e não de idéias. Portanto, não há violação de *copyright* se as simples idéias de uma obra são usadas em outra. Tal fato apresenta algumas questões. Por exemplo, se o enredo de uma novela ou peça teatral for usado em outra obra e se diferentes palavras forem utilizadas, não haverá uma violação de direitos autorais. O que deve ser testado é se a cópia de uma obra original utilizou substancialmente a habilidade técnica e o labor intelectual da obra original. O *copyright* existe não somente nas séries e ordem de certas palavras selecionadas, mas também na organização das idéias e na maneira de apresentá-las. No caso de um romance ou obra teatral, o enredo é apresentado por meio de uma série de incidentes dramáticos. A organização e seleção destes incidentes, para criação de um enredo, requerem uma determinada técnica, talento e trabalho intelectual. Para se determinar se o uso de um enredo original em outra obra constitui uma violação, se exige uma análise de maneira - a forma - na qual o eventual plagiário apresenta o seu enredo, e assim determinar se ele apenas se valeu do conceito do enredo original e utilizou seu próprio talento e trabalho intelectual, ao expressar sua forma.

De fato, como esclarecido pelos diversos doutrinadores, é pacífico que o direito autoral protege apenas a criação de uma obra, caracterizada sua exteriorização sob determinada forma, não a idéia em si nem um tema determinado. Sendo assim, é plenamente possível a coexistência, sem violação aos direitos autorais, de obras com temáticas semelhantes.

Vem a calhar a advertência de Rodrigo Moraes (MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 94):

> O Direito Autoral nasceu para estimular a criação, e não para engessá-la. Obras semelhantes podem perfeitamente coexistir de forma harmônica, sem a incidência de plágio. É preciso estar atento àqueles que em tudo e em todos vêem a caracterização de plágio. O exagero existente na "plagiofobia" merece rechaço. Trata-se de corrente que fomenta o totalitarismo cultural. Ir além do verdadeiro

> alcance da proteção autoral fere, inclusive o direito de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, previsto no Carta Magna (CF-88, art. 5º, IX)

3.2. No caso em julgamento, consta dos autos que a exteriorização da idéia da ora recorrida deu-se em roteiro/*script* de 11 páginas para futura utilização em redes televisivas, ao passo que a exteriorização da idéia do ora recorrente deu-se em uma minissérie de 1800 páginas, veiculada pela TV Globo, ambas identificadas pelo nome *Aquarela do Brasil.*

É ponto incontroverso que não há se falar em proteção autoral ante ao fato de ambas as criações serem denominadas *Aquarela do Brasil*, em vista da ausência de criatividade do título, derivado da música brasileira mais conhecida no período retratado nas criações.

A identidade encontrada pelo acórdão ora combatido consiste no fato de que ambas as obras retratam história de moça humilde, que ganha concurso e ascende ao estrelato, envolvendo-se em um triângulo amoroso, tendo como cenário o ambiente artístico brasileiro da década de 40.

Não configura plágio a utilização de idéia sobre determinado tema, por mais incrível que seja.

O acórdão combatido - como antes consignado - afirmou que o recorrente *usurpou a idéia* da recorrida, quando, de acordo com a lei e a doutrina, idéias não são passíveis de proteção.

Com efeito, para afirmar sua posição de que restou configurada violação de direito autoral, o Tribunal de Justiça de origem destacou trecho da perícia e logo após concluiu que o fato de as duas obras terem como ponto central a história da ascensão artística de uma jovem humilde, na chamada Era do Rádio, integraria o original criativo, dando assim proteção autoral ao tema, o que não é possível:

> [...]
>
> Do laudo pericial, item IV (fls. 1.318), registra-se:
>
> > *Portanto: 1)* as duas *obras objeto da análise se passam durante a* década de 1940, sendo *pautadas pelo panorama* político e *cultural da* época, *marcada* pelo auge do rádio, pelo reconhecimento do samba, dos compositores e *intérpretes no cenário cultural brasileiro,* pela política de Vargas, pela Segunda *Guerra Mundial* e pelos *seus reflexos no Brasil* e II) *as duas sobras tem como ponto central a história* da ascensão *artística de uma jovem humilde na chamada* "era do *rádio*"

> Se a alínea "i)" integra o conteúdo não original das obras, pois de domínio comum, a "ii)", por sua vez, integra o original, criativo, em virtude de partir de uma ficção do autor da obra.
>
> Destarte, ao contrário do que afirmou o perito (fis. 1.321), em plena contradição, as semelhanças não se restringem ao tema, à idéia geral que norteia as duas criações, que é o ambiente artístico da década de 40. Isto, nada mais é do que o pano de fundo, o contexto da trama, cujo tema central é a ascensão da menina humilde, escondida da família, ao estrelato do rádio.
>
> [...]

Nesse passo, o acórdão combatido é, de certa forma, contraditório, ora identifica criatividade e proteção quanto ao tema como acima destacado, ora concorda com a sentença ao afirmar que - embora o contexto das histórias seja semelhante e apresente os mesmos personagens, rendendo homenagens à memória artístico cultural da cidade -, isso não importa em violação aos direitos autorais:

> [...]
>
> Vale ressaltar que as semelhanças apontadas na inicial referentes ao contexto histórico-político, aos artistas e aos lugares existentes à época não podem ser relevadas para efeitos de plágio ou contrafação, dado que não estão abrangidas pelo conteúdo criativo. Isso significa dizer que a apelante, escritora de obra literária sobre os artistas cariocas das décadas de 40 e 50, não pode invocar proteção autoral para tal conteúdo, ante a ausência de originalidade/criatividade. Isso porque os fatos ocorridos em determinado momento historico-político são de conhecimento público e como tal, fazem parte da memória da cidade, insuscetível de apropriação autoral.
>
> Contudo, há que se ressaltar que as histórias examinadas são semelhantes: ambas se situam no contexto das décadas de 40 e 50, narrando a vida dos artistas da época. Em assim sendo, necessariamente, ambos os trabalhos descrevem os mesmos cenários, pois passados no Rio de Janeiro, e abordam idênticos fatos políticos (dentre os quais a 11 Guerra e a política populi sta de Getúlio Vargas, como exemplos), como não poderia deixar de sê-lo, já que se situam no contexto das mencionadas décadas. Também por isso, apresentam os mesmos personagens, rendendo homenagens à memória artístico-cultural da cidade, sem que isso importe violação aos direitos autorais.
>
> [...]

O Juízo de piso, por sua vez, afirmou ter se baseado no laudo do perito do Juízo para concluir que ambas as obras são inéditas, não tendo ocorrido o plágio alegado.

Assume, de fato, as semelhanças no que toca à idéia geral, o cenário, o período, os fatos históricos e personagens reais.

Entretanto, esclarece que não há identidade quanto aos personagens fictícios, excetuando-se as circunstâncias gerais de cada um próprias da época.

Destaco:

> [...]
>
> Assim é que o Perito do juízo, frise-se, jurista de notório escol no país, examinou minuciosamente ambas as obras e concluiu que ambas são inéditas, não tendo ocorrido o plágio alegado.
>
> Com efeito, não há como se negar que ambas as criações apresentam semelhanças, a começar pelo próprio nome, e prosseguindo pela década e cidade em que as histórias são ambientadas, além do tema central, que é, em síntese, a música brasileira da década de 40.
>
> Todavia, como se vê do detalhado exame da estória e dos personagens de ambas as obras trazido no corpo do laudo pericial, as semelhanças restringem-se à idéia central e aos fatos históricos e personagens reais retratados, os quais, partindo da premissa de que ambos os Autores se preocuparam em se manter fiéis aos fatos como efetivamente ocorreram na história do Brasil, obviamente teriam que ser idênticos.
>
> As semelhanças entre os personagens fictícios apontados pela Autora, na verdade, não existem, como se vê das comparações trazidas às fls. 1.326-1.327, sobre as personagens principais e 1.337-1.338, sobre os dois triângulos amorosos das tramas, que evitamos transcrever por medida de economia.
>
> O próprio fato de ser o mesmo o nome das obras - "Aquarela do Brasil", por si só, não é indicativo de plágio, uma vez que se trata do nome da canção mais conhecida do período retratado nas obras, que, repita-se, têm a música brasileira como tema central, e que, como bem salientou o Perito, é conhecida como hino extra-oficial do Brasil até os dias de hoje.
>
> Pelo exposto, o que se extrai de todas as provas reunidas nos autos é que ambos os artistas - Autora e Réu, criaram obras 'inéditas e autênticas, partindo de uma única idéia geral, - a história da música popular brasileira na década de 40, passada no Rio de janeiro, à época capital política e cultural do país, mantendo-se fiéis aos fatos históricos e personagens reais, como cantores, atores, políticos, etc, que, por óbvio, são os mesmos.
>
> Não há, porém, a mesma identidade quanto aos personagens fictícios, a não ser quanto a circunstâncias gerais de cada um, próprias da época, como, por exemplo, as profissões e atividades desenvolvidas pelos personagens.
>
> [...]

Portanto, como esclarecido, temas e idéias não são passíveis de proteção por direito autoral.

4. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos da autora. Custas e honorários ao encargo da autora. Fixo os honorários advocatícios em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com correção monetária e juros a contar deste julgamento.

É como voto.

VOTO VENCIDO EM PARTE

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, antecipando meu voto, como V. Exa. bem destacou, na reconstituição de uma época, de um momento histórico, é evidente que haja coincidências. É bastante semelhante a trajetória de vida das grandes artistas da época do Cassino da Urca, da ditadura Vargas e do auge Rádio Nacional. Grande cantoras, como Dalva de Oliveira, Emilinha Borba, Elizete Cardoso e outras grandes divas da época, tiveram origem humilde e uma trajetória muito parecida até o estrelato. O mesmo acontece em relação a grandes atrizes, como Dercy Gonçalves, por exemplo.

Por isso, acompanho o voto de V. Exa. Mas tenho uma observação a fazer meramente em relação aos honorários advocatícios, que V. Exa. fixou em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Esse mesmo valor já foi fixado na sentença, que é de 2007. Essa quantia corrigida pela Selic estaria hoje em torno de R$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Então, minha sugestão seria a alternativa de simplesmente restabelecer a sentença, ao invés de fixar os honorários hoje, anulando o acórdão, ou corrigir o valor dos honorários, porque esses R$ 10.000,00 (dez mil reais) foram fixados por ocasião da sentença, ainda em primeira instância. Percebi que os advogados se empenharam muito para que este recurso chegasse ao STJ, inclusive com uma grande batalha em relação à sua admissibilidade. Em suma, minha sugestão é no sentido de corrigir os honorários advocatícios para, aproximadamente, o dobro do valor fixado na origem. Eu sugiro R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, cumprimento-o pelo belíssimo voto, e também eu dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido.

Acompanho também o arbitramento dos honorários, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com atualização a partir de hoje.

RECURSO ESPECIAL N. 1.263.500-ES (2011/0151185-8)

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti
Recorrente: Banco Bradesco S/A
Advogados: Lino Alberto de Castro e outro(s)
Wanderson C Carvalho e outro(s)
Recorrido: Indústria de Móveis Movelar Ltda. - em Recuperação Judicial
Advogados: Valdir Massucati e outro(s)
Carlos Drago Tamagnoni e outro(s)
Ricardo Carlos Machado Bergamin e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Recuperação judicial. Contrato de cessão fiduciária de duplicatas. Incidência da exceção do art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005. Art. 66-B, § 3º da Lei n. 4.728/1965.

1. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo parcialmente da Relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo acompanhando o voto da Ministra Relatora, a Quarta Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, com ressalvas

do Ministro Luis Felipe Salomão. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Raul Araújo Filho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

DJe 12.4.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da CF, por *Banco Bradesco S/A* contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja ementa assim dispõe:

> *Recuperação judicial. Contrato sujeito aos efeitos da recuperação. Abertura de crédito garantida por alienação fiduciária de duplicatas. Multa diária. Razoabilidade.*
>
> 1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput,* da Lei n. 11.101/2005).
>
> 2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei n. 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, *leasing*, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005).
>
> 3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/1965, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.
>
> 4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na Lei de Recuperação Judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciariamente determinado bem móvel ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.
>
> 5. O § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art.

> 6º, da referida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.
>
> 6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.
>
> 7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de *astreinte*, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilidade.
>
> 8. Recurso conhecido e desprovido.

Em suas razões, o recorrente alega violação aos seguintes dispositivos legais: (i) art. 66-B da Lei n. 4.728/1965, arts. 82 e 83 do CC/2002 e art. 49, § 3º da Lei n. 11.101/2005, tendo em vista que, com a cessão fiduciária do crédito, o cessionário, ora recorrente, tornou-se proprietário fiduciário do respectivo título e, sendo o crédito considerado bem móvel, não estaria sujeito à recuperação judicial; (ii) art. 461, §§ 4º e 6º do CPC, uma vez que a multa cominatória estabelecida em 1º grau no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) "deveria ter sido substancialmente diminuída pelo Tribunal *a quo*, porquanto evidentemente desproporcional em relação ao valor da obrigação principal" (fl. 460 e-STJ).

Defende, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial com relação ao Agravo de Instrumento n. 585.273.4/7-00, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Contrarrazões às fls. 476-489 (e-STJ), onde se alega que: (i) o recorrente reteve indevidamente o valor de R$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais) de propriedade da empresa para não se sujeitar aos limites estabelecidos no plano de recuperação judicial, ultrapassando credores preferenciais devidamente habilitados; (ii) não há interesse de recorrer, pois a empresa recorrida efetuou, por determinação judicial, o levantamento do valor de R$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e noventa e quatro reais e vinte centavos), sendo que esse montante já foi integralmente utilizado no plano de recuperação judicial, sendo-lhe impossível, portanto, consigná-lo judicialmente ou restituí-lo ao recorrente; (iii) não houve prequestionamento do art. 461 do CPC (S. n. 282-STF e 211-STJ); (iv) incide ao caso a S. n. 7-STJ, uma vez que seria necessária a revisão de provas para verificar se o recorrente assumiu ou não a posição de proprietário fiduciário no contrato de abertura de crédito rotativo garantido por instrumento particular de constituição de garantia - cessão fiduciária; (v)

no mérito, o recorrente não possui as qualidades de proprietário fiduciário de bem móvel a que alude o art. 49 da Lei n. 11.101/2005, pois as normas que imprimem exceção à regra geral devem ser interpretadas restritivamente, sendo o dispositivo regulado pelo art. 1.361 do CC/2002 (propriedade resolúvel de coisa móvel infungível), o que não é o caso dos autos, em que o crédito possui natureza pignoratícia (art. 49, § 5º da Lei n. 11.101/2005).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 529-535).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): A Lei n. 11.101/2005 (LFR) estabelece que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*).

Da regra geral excepciona a lei certos créditos, os quais, embora anteriores ao pedido de recuperação judicial, não se sujeitam aos seus efeitos.

Eis os dispositivos da Lei n. 11.101/2005 relevantes para a solução da controvérsia:

> "Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
>
> (...)
>
> § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusulas de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.
>
> (...)
>
> § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre título de crédito, direitos creditórios, aplicações financeira ou valores mobiliários, poderão

> ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

A hipótese ora questionada diz respeito à cessão fiduciária de título de crédito, em garantia de contrato de abertura de crédito, realizada com base no art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004, assim redigido:

> § 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisa móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada. (*Incluído pela Lei n. 10.931, de 2004*).
>
> § 4º No tocante tocante à cessão fiduciária de direitos s-obre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos *arts. 18 a 20* da *Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997. (Incluído pela Li n. 10.931, de 2004*).

O "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis" não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressa disposição legal.

Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações".

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos de crédito não configurem "direitos pessoais de caráter patrimonial", bens móveis, portanto.

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis - não haveria, *data venia*, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de "bens imóveis" CC, arts. 79 a 81).

A circunstância de o § 3º do art. 49 da LFR, em seguida à regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial", estabelecer que

"prevalecerão os direitos de propriedade sobre a *coisa* e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial", não permite inferir que, não sendo o título de credito "coisa corpórea", à respectiva cessão fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação.

Com efeito, a explicitação contida na oração "prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa" tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor.

Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei n. 9.514/1997, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei n. 4.728/1965, com a redação dada pela Lei n. 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que "o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)", seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada "inclusive contra o próprio cedente" (inciso I), bem como o direito de "receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente" (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos.

Anoto, ainda, que parte expressiva da doutrina especializada e acórdãos de alguns Tribunais de Justiça (Rio de Janeiro e Paraná) têm considerado aplicável à cessão fiduciária de crédito a disciplina do § 5º do art. 49 da LFR, relativa ao penhor sobre títulos de crédito.

Além de não se afeiçoar a cessão fiduciária à disciplina legal da garantia pignoratícia, em cujo conceito não se compreende a transferência da titularidade do bem (critério legal definidor da generalidade dos tipos de garantia fiduciária), penso que tal solução, incompatível, *data maxima vênia*, com o texto legal, não

seria proveitosa à empresa recuperanda (a qual continuaria privada do uso dos recursos, mantidos em conta vinculada) e nem ao credor, destituído do recebimento imediato dos valores nos termos da garantia contratada.

Nessa linha de entendimento, ressalta com precisão o parecer do Subprocurador-Geral da República Washington Bolívar Júnior que "mediante a cessão fiduciária de direitos creditórios, juntamente com a transferência da propriedade resolúvel de coisa móvel fungível (cédula de crédito bancário), o devedor, que na espécie é a empresa recuperanda, cede seus recebíveis a uma instituição financeira a qual recebe o pagamento diretamente do terceiro-devedor. Em suma, é uma forma de financiamento com plena garantia em que a propriedade é transferida para a órbita do domínio do credor para cumprimento da obrigação contraída." (e-STJ fl. 534).

Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Em face da regra do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, devem, pois, ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária.

Em face do exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Sr. Presidente, louvo a intenção de V. Exa., no entanto a posição privilegiada do credor fiduciário é o que assegura

as taxas de juros que são praticadas nessa modalidade de operação financeira e o que possibilita o acesso ao crédito a muitas empresas. Alterar essa posição de privilégio do credor trará, naturalmente, repercussões nos custos dessa operação. Não permitir a realização da garantia pelo credor, conforme previsão contratual, implica descaracterizar o instituto, tornando vulnerável a garantia. Entendo que a vontade do legislador foi, de fato, excluir os créditos garantidos por cessão fiduciária dos efeitos da recuperação judicial.

Por isso, pedindo vênia a V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Sr. Presidente, com todas as vênias ao entendimento ideológico praticamente declinado por V. Exa., acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora, porque são essas qualificadoras dessa modalidade de relação econômica nesses financiamentos, nesses modos aquisitivos de bem, que propiciam esses juros remuneratórios do capital emprestado pelo banco, primeiro, em índices menores e, em segundo lugar, em operações factíveis, porque, a partir do momento em que o mercado não der essas garantias, e que essas garantias sejam efetivamente realizadas, em quaisquer que forem as circunstâncias, porque foi feito um ato normativo, foi editada uma lei especificamente para esse fim, então teremos uma modificação, primeiro, nas taxas de juros praticadas e, segundo, na disposição, no ânimo do banqueiro de dispor dessa parte do capital para o consumidor, para todas essas empresas que se valem, e muito, no Brasil, desses expedientes de crédito.

Diante dessas considerações, e não me comprometendo com a tese nos casos em que evidenciada a inviabilidade de recuperação judicial da empresa - situação que não se verifica no presente recurso, acompanho a eminente Relatora.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Nos autos da recuperação judicial de Indústria de Móveis Modelar Ltda., em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Linhares-ES, foi determinada a inclusão de crédito do Banco Bradesco S/A, no valor de R$ 1.115.594,20 (um milhão, cento e quinze mil, quinhentos e

noventa e quatro reais e vinte centavos), representado pelos Contratos n. 3626-64.052 e n. 3626-61.161, os quais estavam garantidos, pela recuperanda, por cessão fiduciária de duplicatas mercantis.

O credor impugnou o edital em que constava o referido crédito, aduzindo que os mencionados contratos não se sujeitariam à recuperação judicial, em razão do que prevê o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. A empresa recuperanda, por sua vez, pleiteou a devolução dos valores recebidos pelos credores (entre eles o Banco Bradesco S/A) durante a recuperação judicial resultantes do pagamento de débitos oriundos de contratos garantidos por cessão fiduciária de crédito.

O juízo de piso acolheu o pleito deduzido pela recuperanda, determinando o seguinte:

> [...] a expedição de ofícios às instituições financeiras indicadas à fi. 3.300, a fim de que estas promovam a liberação, em favor da Recuperanda, dos montantes indevidamente recebidos, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, para a conta-corrente indicada à fi. 3.298, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de descumprimento, sem prejuízo da configuração de crime de desobediência e do ilícito penal tipificado no art. 172, da Lei n. 11.10112005 (fl. 306).

O Banco Bradesco S/A interpôs agravo de instrumento pleiteando a não inclusão dos valores em questão no bojo da recuperação judicial, porquanto se trata de crédito fiduciário, excluído do rito especial recuperacional pelo art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005. Aduziu que o direito creditório deve ser considerado como bem móvel, razão por que incide o mencionado dispositivo legal. Subsidiariamente, pugnou pela redução da multa cominatória, então fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial.

O TJES negou provimento ao agravo de instrumento nos termos da seguinte ementa:

> Recuperação judicial. Contrato sujeito aos efeitos da recuperação. Abertura de credito garantida por alienação fiduciária de duplicatas. Multa diária. Razoabilidade.
>
> 1. Via de regra, sujeitam-se à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/2005).
>
> 2. As exceções previstas em lei são a do banco que antecipou ao exportador recursos monetários com base em contrato de câmbio (art. 86, inciso II, da Lei n. 11.101/2005) e a do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil e do proprietário vendedor, promitente vendedor ou vendedor com reserva de

domínio, quando do respectivo contrato (alienação fiduciária em garantia, *leasing*, venda e compra, compromisso de compra e venda e compra ou venda com reserva de domínio) consta cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade (art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005).

3. A cessão fiduciária que garante o contrato de abertura de crédito firmado entre as partes, prevista no § 3º do artigo 66-B, da Lei n. 4.728/1965, transfere ao credor fiduciário a posse dos títulos, conferindo-lhe o direito de receber dos devedores os créditos cedidos e utilizá-los para garantir o adimplemento da dívida instituída com o cedente, em caso de inadimplência.

4. A cessão fiduciária de títulos não se assemelha à exceção prevista na lei de recuperação judicial no tocante ao proprietário fiduciário. Nesta o que se pretende é proteger o credor que aliena fiduciaríamente determinado bem móvel, ou imóvel para a empresa em recuperação, circunstância oposta ao que ocorre nos casos em que a empresa cede fiduciariamente os títulos ao banco.

5. O § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005 refere-se a bens móveis materiais, pois faz alusão expressa à impossibilidade de venda ou retirada dos bens do estabelecimento da empresa no período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º, da referida Lei, circunstância que não se aplica aos títulos de crédito, pois os créditos em geral são bens móveis imateriais.

6. A mera afirmação de que o valor a ser devolvido está equivocado não tem o condão de elidir o parecer técnico elaborado pelo Administrador Judicial.

7. Considerando a natureza da demanda, a necessidade de se imprimir agilidade e efetividade ao plano de recuperação homologado no Juízo de 1º Grau e a capacidade financeira do agravante, tenho que o valor arbitrado a título de *astreinte*, nesse momento, não transpõe os limites da razoabilídade.

8. Recurso conhecido e desprovido.

No recurso especial, o recorrente repetiu, em síntese, a tese antes apresentada nas instâncias ordinárias, no sentido de que o credor fiduciário não se sujeita à recuperação judicial nos termos do art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, insurgindo-se contra a determinação do Juízo de piso de que fossem devolvidos os valores recebidos a título de crédito cedido fiduciariamente pela empresa recuperanda. Subsidiariamente, pleiteou a redução das *astreintes*.

A eminente Relatora, Ministra Isabel Gallotti, conheceu do recurso e lhe deu provimento para que fossem "excluídos dos efeitos da recuperação judicial os créditos de titularidade do recorrente que possuem garantia de cessão fiduciária", fazendo incidir o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, nos sentido de que o "credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis" não se submete à recuperação judicial.

Entendeu Sua Excelência que a referência a "bens móveis" contida no § 3º, do art. 49 da Lei, deve também abarcar os móveis incorpóreos, como é o caso dos direitos creditórios pessoais (art. 83 do Código Civil de 2002).

Afastou também a incidência do § 5º, referente a penhor sobre títulos de crédito, traçando as diferenças entre a garantia pignoratícia e a fiduciária.

Na assentada do dia 6.12.2012, pedi vista dos autos para melhor exame do caso. Passo ao voto.

2. A matéria em exame é de extrema relevância, porquanto gravitam em torno dela dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito.

Cumpre ressaltar, para logo, que, em se tratando de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa recuperanda, embora aparente o contrário, muitas vezes não significa a melhor solução para a manutenção da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância.

Isso porque, se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.

Por isso a importância de que as decisões proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedidas de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito de preservação da empresa.

3. Por outro lado, em razão da importância do crédito bancário, seja para as empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, é absolutamente justificável o especial tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional - a chamada *"trava bancária"* na recuperação judicial.

Com efeito, até mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, não tenho dúvida em afirmar que o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao "credor titular da posição de proprietário fiduciário" a que se refere o art. 49, § 3º, da Lei, nos termos do que propugna o voto proferido pela Sra.

Ministra Isabel Gallotti, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também "não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais".

Assim, penso que é mesmo adequado se conferir uma interpretação larga às referências a bens "móveis" e "imóveis" e à "propriedade sobre a coisa" contidas na primeira parte do referido parágrafo 3º, para alcançar também os direitos creditórios, como prevê o art. 83 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, e na linha do voto proferido pela eminente Relatora, cito, por todos, a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, para quem o crédito fiduciário insere-se na categoria de bem móvel e, por isso mesmo, é abrangido pela chamada "trava bancária":

> Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuram levantar a "trava bancária" do art. 49, § 3º, da LF, sob o argumento de que a *cessão fiduciária de direitos creditórios* não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de *bens* móveis ou imóveis. Esse argumento procurava sustentar que na noção de bens somente poderiam ser enquadradas as coisas corpóreas.
>
> Não vinga a tentativa. Os direitos são, por lei, considerados espécies de bens móveis. Confira-se, a propósito, o art. 83, III, do CC. Nesse dispositivo, o legislador brasileiro consagrou uma categoria jurídica secular, a dos *bens móveis para efeitos legais*.
>
> [...]
>
> Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens *corpóreos*, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente "coisa". Enquanto "bens" abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, "coisa" restringe-se aos bens corpóreos (COELHO. Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas.* 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 194-195).

Porém, a mesma largueza interpretativa - sob pena de possível incongruência hermenêutica - é de ser conferida a todo o dispositivo, precisamente a sua parte final, que visa a equacionar os interesses do credor e da empresa em recuperação e restringe a satisfação do crédito - mesmo que não participante da recuperação -, quando tal providência puder comprometer o próprio funcionamento da empresa.

Para melhor compreensão, transcreve-se o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
>
> [...]
>
> § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, *não se permitindo*, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, *a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*.

Destarte, assim como os direitos creditórios transferidos por cessão fiduciária inserem-se na parte inicial do dispositivo ("bens móveis" e "propriedade sobre a coisa"), tais direitos também devem sofrer a restrição relativa à retirada de bens que guarnecem o estabelecimento, sempre que "essenciais a sua atividade empresarial", sejam eles "bens de capital" ou não.

Deveras, não é de boa técnica conferir interpretação ampliativa a "bens móveis" ou "propriedade sobre a coisa" e uma restritiva e literal a "bens de capital" no mesmo dispositivo legal.

4. Nessa linha de raciocínio, a solução da controvérsia, a meu juízo, não se resume unicamente em interpretar a expressão "bens móveis" contida no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, para saber se o crédito resultante de cessão fiduciária de título submete-se aos efeitos da recuperação judicial ou não.

Na verdade, cumpre investigar qual o significado da exceção legal segundo a qual, "[t]ratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis [...], seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais".

Nesse passo, parece mais adequado estabelecer que o alcance da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para os credores fiduciários, que têm seus direitos de propriedade preservados, não se permite, "durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".

Com essa medida, creio que os diversos interesses que aparentemente conflitam no seio da recuperação ficam preservados.

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art. 49, § 3º, da Lei significa que, muito embora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º.

Mesmo no caso de créditos garantidos por alienação fiduciária, os atos de satisfação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo Juízo da recuperação.

E isso por uma razão simples: não é o credor fiduciário que diz se o bem gravado com a garantia fiduciária é ou não essencial à manutenção da atividade empresarial e, portanto, indispensável à realização do Plano de Recuperação Judicial, mas sim o Juízo condutor do processo de recuperação.

Sobre o tema, a Segunda Seção se manifestou em mais de uma oportunidade.

A título de exemplo, lembro o Conflito de Competência n. 110.392-SP, Rel. Ministro *Raul Araújo, Segunda Seção*, julgado em 24.11.2010, em que se discutia a competência para ação de imissão na posse de imóvel gravado com garantia fiduciária, ajuizada em desfavor de empresa em recuperação judicial pelo credor fiduciário.

O voto condutor do acórdão, proferido pelo Relator, esquadrinhou com precisão a circunstância de que o proprietário fiduciário, embora não se submeta aos efeitos da recuperação, sujeita-se ao freio legal referente à satisfação do crédito mediante a realização da garantia.

Nessa linha, asseverou Sua Excelência, firme em lapidar magistério de Arnoldo Wald e Ivo Waisberg:

> Em primeiro lugar, não se desconhece que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005 [...].
>
> É de se ver, porém, que *esse tratamento diferenciado concedido ao credor fiduciário não impede que seja limitado o direito de retomada do bem de sua propriedade, a prudente critério do Juízo da recuperação*, consoante esclarecem Arnoldo Wald e Ivo Waisberg, ao comentar referido dispositivo legal, ***verbis***:

> Por outro lado, pela importância econômica que a retirada de um bem ou equipamento pode significar, às vezes inviabilizando a continuidade da empresa, o legislador achou por bem, embora retirando o crédito dos efeitos da recuperação judicial, limitar o direito de retomada dos bens de propriedade desses credores em posse do devedor, para que este pudesse manter a atividade em curso. Assim, durante o prazo de suspensão das ações de 180 dias do § 4º do art. 6º, os bens objetos dos contratos mencionados no dispositivo não poderão ser retomados.
>
> Aprovado o plano, e se a continuidade da atividade econômica o exigir, o juiz poderá, fundamentadamente, dilatar o prazo, de forma limitada, para viabilizar a recuperação.
>
> A proteção que se faz da manutenção da atividade produtiva busca viabilizar, pelo período de suspensão, a eficaz apresentação de um plano de recuperação sem que a empresa em crise seja impedida de retomar suas atividades, ou mesmo tenha de abandoná-las por completo antes da votação de seu plano de recuperação. Isso se torna particularmente clara se lembrarmos que o prazo de suspensão estende-se por 30 dias além daquele legalmente previsto no § 1º do art. 56 para votação do plano de recuperação judicial.
>
> *A exclusão de certos créditos dos efeitos da recuperação é louvável. No entanto, daí não se pode supor que é ampla e absoluta a possibilidade do detentor de crédito oriundo dos negócios aqui descritos de fazer valer seus direitos na forma antes pactuada*.
>
> O inegável escopo esposado pela NLFR em seu art. 47, qual seja, o de sustentar o funcionamento da empresa em razão de sua reconhecida função social, deve ser levado em consideração na leitura do parágrafo em comento. (Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, coordenadores: Osmar Brina Corrêa-Lima e Sérgio Mourão Corrêa Lima. Rio de Janeiro: Forense, 2009).
>
> [...]

Isso não significa, porém, que o imóvel não deva ser entregue ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei n. 11.101/2005), pode o Juízo da Recuperação Judicial estabelecer prazos e condições para essa entrega, fixando remuneração justa para o credor enquanto o bem permanece na posse do devedor.

[...]

Assim, compete ao Juízo da 2ª Vara Cível de Itaquaquecetuba, onde tramita a recuperação judicial da indústria de alimentos OLI MA, levando em consideração os aspectos destacados nessa decisão, equacionar os interesses em conflito, tomando em conta, de um lado, o direito do credor fiduciário e, do outro, o

> princípio da preservação da empresa, permitindo a manutenção da fonte produtora e dos empregos, caso isso se mostre viável.

Na mesma direção, confira-se também:

> *Conflito positivo de competência. Juízo da recuperação judicial. Lei n. 11.101/2005. Ação de busca e apreensão. Créditos garantidos fiduciariamente. Discussão na origem acerca da higidez da garantia sobre os bens fungíveis e consumíveis que compõe os estoques da empresa (álcool). Créditos que estão incluídos no plano de recuperação aprovado. Necessidade de preservação da atividade econômica. Competência do juízo universal. Conflito de competência julgado procedente para declarar competente o juízo da 3ª Vara Cível da Comarca do Recife, suscitado.*
>
> (CC n. 105.315-PE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 22.9.2010, DJe 5.10.2010)

5. De fato, convém lembrar que o Plano de Recuperação Judicial ostenta nítido caráter negocial e que, em não raras vezes, reduz direitos dos credores que a ele se sujeitam.

Por essa ótica, afirmar que o credor fiduciário não se subsume à recuperação judicial significa, primeiramente, que ele não pode ser compelido às tratativas do Plano, aos acordos a que chegou a Assembleia de credores. Por outro lado, dizer que sua propriedade fiduciária também é preservada significa não ser possível, em princípio, a utilização do bem dado em garantia para satisfazer créditos de terceiros incluídos no Plano.

Porém, a satisfação do próprio crédito fiduciário está limitada pelo imperativo maior de preservação da empresa, contido na parte final do § 3º do art. 49 e no *caput* do art. 47, de modo que é o Juízo da recuperação que vai ponderar, em cada caso, os interesses em conflito, o de preservar a empresa, mediante a retenção de bens essenciais ao seu funcionamento, e o de satisfação do crédito tido pela Lei como de especialíssima importância.

Em suma, o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talante. Preservam-se o valor do crédito e a garantia prestada, mas se veda a realização da garantia em prejuízo da recuperação.

Aliás, em boa verdade, com a recuperação judicial, todos os credores direta ou indiretamente são, de alguma forma, atingidos, mesmo aqueles que pela Lei não se sujeitam aos efeitos da medida, de modo que nenhum está totalmente livre para satisfazer seu crédito contra uma empresa em recuperação como melhor lhe convier.

Assim como o credor fiduciário - que tem a liberdade de satisfação do crédito limitada -, o credor tributário, que também não é incluído no Plano de Recuperação Judicial, sofre, indiretamente, algumas limitações, uma vez que, embora as execuções fiscais tenham normal prosseguimento, a jurisprudência do STJ reiteradamente tem vedado a prática de atos expropriatórios tendentes à satisfação do crédito fazendário à revelia do Juízo da recuperação.

6. Com base nessas premissas jurídicas que se me afiguraram de extrema importância ao desate da controvérsia, volto à análise do caso concreto.

Em síntese, o ora recorrente, credor por cessão fiduciária de duplicatas, pretende o recebimento de seu crédito diretamente dos devedores, cuja obrigação fora assumida, originariamente, perante à empresa em recuperação, a qual lho transferiu mediante o instrumento previsto no art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/1965.

Assim - e com a devida vênia de entendimento contrário -, percebe-se que a pretensão recursal tem a virtualidade de colocar o credor por cessão fiduciária em posição não alcançada por nenhum outro, esteja ou não submetido ao Plano de Recuperação, como é o caso do proprietário fiduciário de coisa móvel ou imóvel corpórea ou a Fazenda Pública. Estes últimos, como antes afirmado, mesmo não se sujeitando ao Plano de Recuperação, estão submetidos a limitações referentes à satisfação do seu crédito, o que não aconteceria com o credor garantido por cessão fiduciária.

Vale dizer que a tese desenvolvida no recurso, a meu juízo, extrapola até mesmo a disposição do art. 49, § 3º, da Lei, porquanto retira do Juízo da recuperação a mínima possibilidade de ponderação entre a qualidade do crédito e a essencialidade dos valores à atividade empresarial; autoriza o credor a "liquidar extrajudicialmente" a garantia a seu nuto e à revelia da recuperação, o que pode esvaziar o patrimônio da empresa recuperanda e inviabilizar seu soerguimento; enfim, transforma o credor garantido por cessão fiduciária de títulos em um supercredor, ao qual nem o proprietário fiduciário de bem móvel corpóreo (art. 49, § 3º) nem a Fazenda Pública se emparelham.

Com efeito, a solução que se me afigura correta é a que harmoniza a situação da empresa em crise e as garantias do credor fiduciário, de modo que os valores recebíveis mediante o instrumento de cessão fiduciária não sejam simplesmente diluídos para o pagamento dos outros credores submetidos ao Plano, tampouco liquidados extrajudicialmente pelo credor fiduciário na satisfação do próprio crédito, sem a interferência judicial.

Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo Juízo da recuperação, a partir da seguinte solução:

i) os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao Juízo da recuperação, os quais não serão rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano;

ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao Juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não - no todo ou em parte - ao funcionamento da empresa;

iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

7. No caso concreto, o Juízo de piso afastou, por completo, a possibilidade de levantamento dos recebíveis, determinando a devolução do que já havia sido pago diretamente ao credor fiduciário.

A eminente Relatora deu provimento ao recurso da instituição financeira, determinando que o crédito não fosse incluído no Plano de Recuperação, sem nenhuma ressalva, providência que, segundo minha leitura, permite a liquidação extrajudicial da garantia pelo credor, sem interferência do Juízo da recuperação.

Portanto, peço vênia à cuidadosa Relatora para divergir parcialmente, porque também excluo do Plano de Recuperação o credor garantido por cessão fiduciária, mas entendo que deva haver a mencionada chancela judiciária para a realização do crédito pelo Banco, assim como existe para o credor fiduciário com garantia em bens móveis e imóveis corpóreos e para a própria Fazenda Pública, ambos não participantes da recuperação.

Ressalto, finalmente, que a solução ora proposta não consubstancia, a meu juízo, alteração das bases nas quais foi celebrado o contrato. Certamente, os contratantes levaram em consideração as características da alienação fiduciária para, inclusive, estipular o preço do crédito.

8. Diante do exposto, rogando novas vênias à Relatora para dela divergir parcialmente, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir do Plano de Recuperação Judicial o crédito garantido por cessão fiduciária de títulos - assim como o fez a douta Relatora -, mas determinar também o retorno dos autos à origem para que o Juízo da recuperação, fundamentadamente, avalie

a essencialidade dos valores ao funcionamento da empresa, devendo, em caso negativo, ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário.

Em razão da reforma parcial da decisão interlocutória proferida na origem, fica também afastada a multa cominatória.

É como voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Sr. Presidente, peço a palavra para reafirmar a integralidade do meu voto, especialmente no ponto em que não faço, com a devida vênia, a ressalva feita por V. Exa.

A interpretação que fiz da expressão "bens móveis" contida no § 3º do art. 49 da Lei de Recuperação foi baseada na literalidade do art. 83 do Código Civil, segundo o qual consideram-se móveis para os efeitos legais, "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". Portanto, não penso tenha eu dado interpretação larga ou extensiva ao incluir título de crédito dentro do conceito legal de direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações. Por outro lado, quanto à parte final do referido dispositivo, a qual veda a venda ou retirada do substabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, penso que título de crédito é bem incorpóreo que não pode ser compreendido, sequer por interpretação extensiva, no conceito de "bem de capital".

Em seguida, observei que, em se tratando de cessão fiduciária de direito de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei n. 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei n. 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida - seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título - a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso I), bem como o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe credor, que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida.

Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor, porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente.

Reconheço que a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada, como disse V. Exa., em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real, cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial. Assim, se o bem dado em garantia é o local do estabelecimento principal do devedor, um equipamento, ou qualquer outro bem de capital necessário à atividade empresarial, aquele credor que sabe que a sua garantia é mais frágil porque, em caso de recuperação, não poderá ter acesso imediato a esse bem para revendê-lo e obter a satisfação do seu crédito.

Por um lado, isso põe o banco credor em uma situação extremamente privilegiada e dificulta a recuperação da empresa, mas por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente desse tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, favorece a diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Por fim, embora não desconheça o intuito social do voto de V. Exa., de favorecer a recuperação judicial de empresas, entendo que seria grande a subjetividade na analise judicial preconizada acerca de ser aquela quantia em dinheiro necessária ou não ao processo de recuperação judicial. Recursos financeiros são sempre necessários, sobretudo para empresas em dificuldades, em processo de recuperação. Tenho que essa ressalva praticamente descaracterizaria esse tipo de garantia que se pretende bastante forte, de fato, mas que foi pactuada dentro dos termos autorizados em lei, deixando ao alvedrio do Juiz dizer, em cada caso, se o dinheiro será ou não necessário à recuperação da empresa, sendo que, a meu ver, dificilmente se poderá afirmar que não seja necessário à recuperação da empresa contar com mais recursos financeiros. Mesmo que não se autorize o uso dos valores para pagamento dos demais credores, como ressalva o voto do Ministro Salomão, o certo é que não se destinarão ao credor titular da garantia. Penso que isso daria uma grande subjetividade, incerteza, a essa garantia que a lei quis objetiva.

Com a devida vênia, reafirmo o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.356.404-DF (2012/0253188-7)

Relator: Ministro Raul Araújo
Recorrente: Nilton Oliveira Batista
Advogados: Edmundo Minervino Dias e outro(s)
Leandro Rodrigues Judici
Recorrido: Mauro Sérgio Paulo da Silva
Advogada: Raquel Lucas Bueno e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Civil. Ação monitória. Honorários advocatícios. Natureza alimentar da verba. Impenhorabilidade (CPC, art. 649, IV). Mitigação. Circunstâncias especiais. Elevada soma. Possibilidade de afetação de parcela menor de montante maior. Direito do credor. Recurso não provido.

1. É firme nesta Corte Superior o entendimento que reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC.

2. Contudo, a garantia de impenhorabilidade assegurada na regra processual referida não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, podendo ter aplicação mitigada em certas circunstâncias, como sucede com crédito de natureza alimentar de elevada soma, que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais.

3. Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo.

4. Sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir, excepcionalmente, a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial.

5. Com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática.

6. Caso se entenda que o caráter alimentar da verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimamente, os credores.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Raul Araújo, Relator

DJe 23.8.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Cuida-se de recurso especial interposto por *Nilton Oliveira Batista*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), assim ementado (fl. 112):

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Honorários advocatícios. Penhora. Possibilidade.

Não obstante a redação do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a impenhoralidade de salários e honorários advocatícios, esta Casa tem adotado o entendimento de que a regra nele contida, em certos casos, pode ser mitigada, a fim de emprestar efetividade ao processo de execução.

Agravo conhecido e não provido.

Historiam os autos que *Mauro Sérgio Paulo da Silva*, ora recorrido, propôs ação monitória (fls. 19-24) objetivando o recebimento de R$ 33.610,12 (trinta e três mil, seiscentos e dez reais e doze centavos) referentes a cheques emitidos pelo ora recorrente.

Na monitória foi determinada (v. fl. 65) a penhora do montante de R$ 35.794,85 (trinta e cinco mil, setecentos e noventa e quatro reais e oitenta e cinco centavos), no rosto dos autos da Execução de Honorários Advocatícios n. 2010.02.1.3501-3 (da Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Brazlândia-DF), proposta pelo ora recorrente contra Bradesco Seguros S/A, para recebimento de verba honorária no valor de R$ 796.921,31 (setecentos e noventa e seis mil, novecentos e vinte e um reais e trinta e um centavos).

Contra tal penhora, o ora recorrente *Nilton Oliveira Batista* apresentou impugnação à execução (fls. 70-72), a qual foi rejeitada pelo magistrado (fls. 12-14), o que motivou o agravo de instrumento de fls. 3-9.

Por sua vez, o referido agravo de instrumento foi desprovido, nos termos do v. aresto atacado, o que ensejou o manejo do presente recurso especial.

No apelo nobre aponta-se, além de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 649, IV, do CPC. Em suas razões, o recorrente assevera que a penhora recai sobre verba recebida a título de honorários advocatícios, possuindo caráter alimentar e, assim, insuscetível de constrição.

O recorrido *Mauro Sérgio Paulo da Silva* apresentou contrarrazões às fls. 143-154.

O il. Presidente do eg. TJDFT admitiu o apelo nobre (decisão às fls. 156-157).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo (Relator): Tem-se ação monitória proposta pelo ora recorrido contra o recorrente em 30 de abril de 2010, fundada em 4 (quatro) cheques emitidos pelo réu, entre março e maio de 2009 (v. fls. 19-24 e 27-29).

Apesar de devidamente citado, o promovido não fez o pagamento nem apresentou embargos monitórios, previstos no art. 1.102-C do CPC (certidão à fl. 39).

Constituído o título executivo judicial (decisão à fl. 40), o ora recorrente foi novamente intimado (fl. 60), em 19.2.2011, para fazer o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de incidir a multa prevista no art. 475-J do CPC. Exaurido o prazo, não houve o pagamento, consoante certificado à fl. 62.

Em 17.6.2011, foi realizada a penhora ora discutida (fl. 65), do montante de R$ 35.794,85 (trinta e cinco mil, setecentos e noventa e quatro reais e oitenta e cinco centavos), no rosto dos autos da Execução de Honorários Advocatícios n. 2010.02.1.3501-3 (da Vara Cível, de Família e de Órfãos e Sucessões de Brazlândia-DF), proposta pelo ora recorrente e outro contra Bradesco Seguros S/A, para recebimento de verba honorária no valor de R$ 796.921,31 (setecentos e noventa e seis mil, novecentos e vinte e um reais e trinta e um centavos) - fls. 73-75.

O recorrente foi intimado da penhora em 7.7.2011 (certidão à fl. 67) e ofereceu impugnação (fls. 70-72) em 29.7.2011, sustentando que a penhora seria indevida porque recai sobre honorários advocatícios sucumbenciais, os quais possuem natureza alimentar.

A referida impugnação foi rejeitada pela il. Magistrada de piso, nos termos da decisão de fls. 12-14.

Por seu turno, o agravo de instrumento, manejado em face dessa decisão, foi desprovido, nos termos do v. acórdão recorrido, do qual se extrai o seguinte excerto (fls. 124-125):

> Com efeito, *a verba decorrente de honorários advocatícios tem natureza alimentar*. No entanto, não obstante a redação do *artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, esta Corte tem adotado o entendimento de que a regra nele contida, em certos casos, pode ser mitigada a fim de emprestar efetividade ao processo de execução, mormente quando não se verificar que o bloqueio de parte da renda privará o executado de honrar outros compromissos assumidos*.

In casu, conforme consta na decisão vergastada, foi penhorada a quantia de R$ 35.794,85 (trinta e cinco mil reais, setecentos e noventa e quatro reais e oitenta e cinco centavos), *de um crédito de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), o que corresponde a menos de 9% (nove por cento), do valor que o agravante possui de crédito*.

Assim, verificando que o valor está bem abaixo do percentual de 30% (trinta por cento) da renda do agravante, a impenhorabilidade deve ser afastada.

(...)

De fato, há entendimento firmado também nesta Corte Superior no tocante à natureza alimentar dos honorários advocatícios e no pertinente à impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Créditos de natureza alimentar. Impenhorabilidade.

1. Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, *têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as Turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas do seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação art. 649, IV, do CPC (dada pela Lei n. 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, "os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".*

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 1.032.747-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.3.2008, DJe de 17.4.2008)

Processo Civil. Cumprimento de sentença. Penhora de valores em conta corrente. Proventos de funcionária pública. Natureza alimentar. Impossibilidade. Art. 649, IV, do CPC.

1. É possível a penhora *on line* em conta corrente do devedor, contanto que ressalvados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar.

2. É vedada a penhora das verbas de natureza alimentar apontadas no art. 649, IV, do CPC, tais como os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 904.774-DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18.10.2011, DJe de 16.11.2011)

Contudo, esse entendimento não pode ser aplicado de forma simplista, considerando-se as circunstâncias do caso, acima destacadas, ao contrário do defendido no apelo nobre.

O recorrente foi notificado para apresentar embargos e, por duas vezes, para fazer o pagamento da dívida. Nessas ocasiões nem sequer se manifestou. Apenas se pronunciou após a realização da mencionada penhora e assim o fez, tão somente, para dizer que seria a constrição indevida, por ofensa ao disposto no art. 649, IV, do CPC.

Na hipótese, infere-se que não há intenção do recorrente em adimplir a aludida dívida e, para tanto, tenta valer-se de interpretação abstrata, apartada de seu caso concreto, do art. 649, IV, do CPC. Utiliza-se de precedentes deste eg. Tribunal acerca do tema.

Ocorre que, na espécie, como muito bem assentado no v. acórdão *a quo*, o recorrente é credor de cerca de R$ 400.000,00 a título de honorários advocatícios, e a penhora de R$ 35.794,85 incidiu sobre menos de 9% (nove por cento) daquele *quantum* total.

Então, embora não se negue a natureza alimentar do crédito sobre o qual houve a penhora, deve-se considerar que, desde antes da propositura da monitória, em abril de 2010, o ora recorrido está frustrando o pagamento da dívida constituída mediante os cheques que emitiu.

Nesse contexto, a regra do art. 649, IV, do CPC não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, como pretende o recorrente.

Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor desse montante insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família quando o percentual alcançado visa à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo.

Nas hipóteses como a dos autos, tem-se crédito de natureza alimentar de elevada soma, o que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais.

Assim, sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir excepcionalmente a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial.

Por outro lado, com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática.

Em casos como o ora em exame, o magistrado deve valer-se de interpretação teleológico-sistemática atentando para a finalidade do dispositivo legal, compreendendo-o conjuntamente com as demais regras que compõem o sistema normativo, inclusive as que regem a execução.

Com supedâneo nesse método de interpretação, não se infere, no presente caso, nenhuma infringência ao art. 649, IV, do CPC. A discutida penhora, de um lado, proporcionará ao ora recorrido a justa satisfação de um crédito que busca resgatar desde abril de 2010, e, de outro lado, não onerará em demasia o ora recorrente, justamente porque a penhora recairá sobre parte menor, 9% (nove por cento), do valor total de seu crédito alimentar.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se o seguinte precedente:

> Processo Civil. Crédito referente a honorários advocatícios. Caráter alimentar. Penhora no rosto dos autos. Possibilidade. Exceção. Peculiaridades do caso concreto. Necessidade de interpretação teleológica do art. 649, IV, do CPC. Máxima efetividade das normas em conflito garantida.
>
> *1. A hipótese dos autos possui peculiaridades que reclamam uma solução que valorize a interpretação teleológica em detrimento da interpretação literal do art. 649, IV, do CPC, para que a aplicação da regra não se dissocie da finalidade e dos princípios que lhe dão suporte*.
>
> 2. *A regra do art. 649, IV, do CPC constitui uma imunidade desarrazoada na espécie*. Isso porque: (i) a penhora visa a satisfação de crédito originado da ausência de repasse dos valores que os recorrentes receberam na condição de advogados do recorrido; (ii) a penhora de parcela dos honorários não compromete à subsistência do executado e (iii) a penhora de dinheiro é o melhor meio para garantir a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional, ainda mais quando o exequente já possui mais de 80 anos.
>
> 2. *A decisão recorrida conferiu a máxima efetividade às normas em conflito, pois a penhora de 20% não compromete a subsistência digna do executado - mantendo resguardados os princípios que fundamentam axiologicamente a regra do art. 649, IV do CPC - e preserva a dignidade do credor e o seu direito à tutela executiva*.
>
> 3. Negado provimento ao recurso especial.
>
> (REsp n. 1.326.394-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12.3.2013, DJe de 18.3.2013)

Insta destacar que na doutrina pátria é defendida a inexistência de impenhorabilidade absoluta à norma inserta no art. 649, IV, do CPC, como se infere das lições de **Fredie Didier Jr, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira**:

> *O inciso IV do art. 649 do CPC consagra uma das principais hipóteses do* beneficium competentiae*: a impenhorabilidade relativa das verbas de natureza alimentar*. Trata-se de regra que possui o claro propósito de proteger o executado, garantindo-lhe o recebimento de valores que servem ao pagamento das despesas relacionadas a sua sobrevivência digna e a da sua família.
>
> (...)
>
> *É preciso fazer algumas anotações a essa regra:*
>
> *a) trata-se de regra de impenhorabilidade relativa. O § 2º do art. 649 determina que a regra não se aplique à execução de alimentos (decorrentes de vínculo de família ou de ato ilícito). Se o fundamento da impenhorabilidade é a natureza alimentar da remuneração, diante de um crédito também de natureza alimentar, a restrição há, realmente de soçobrar*. Atente-se, porém, que não será permitida a penhora de parcela do salário que comprometa a sobrevivência digna do executado. *É preciso, mais uma vez, fazer a ponderação entre o direito do credor e a proteção do executado*.
>
> b) De acordo com as premissas fáticas desenvolvidas acima, *é possível mitigar essa regra de impenhorabilidade, se, no caso concreto, o valor recebido a título de verba alimentar (salário, rendimento de profissional liberal e etc) exceder consideravelmente o que se impõe para a proteção do executado*. É possível penhorar parcela desse rendimento. *Restringir a penhorabilidade de toda a "verba salarial", mesmo quando a penhora de uma parcela desse montante não comprometa a manutenção do executado, é interpretação inconstitucional da regra, pois prestigia apenas o direito fundamental do executado, em detrimento do direito fundamental do exequente*.
>
> (...)
>
> c) a impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a "sobra" do mês anterior perde a natureza alimentar, transformando-se em investimento. (*in* Curso de Direito Processual Civil, 7ª ed. Vol. 05, Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 553-555).

Em reforço desse entendimento, que preserva as finalidades da garantia assegurada à verba alimentar, inerente à própria dignidade da pessoa humana, tem-se admitido, por exemplo, os descontos de empréstimos consignados em folha de pagamento que alcançam verbas remuneratórias de nítido caráter alimentar, desde que não ultrapassem determinado percentual dos rendimentos brutos do trabalhador, como se verifica na leitura dos seguintes precedentes desta eg. Corte:

Recurso especial. Negativa de prestação jurisdicional. Alegação genérica. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 284-STF. Empréstimo. Desconto em folha de pagamento/consignado. Limitação em 30% da remuneração recebida. Recurso provido.

(...)

2. Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador.

3. Recurso provido.

(REsp n. 1.186.965-RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 7.12.2010, DJe de 3.2.2011)

Embargos de divergência. Empréstimo bancário. Cláusula contratual. Desconto em folha de pagamento. Validade. Ausência de abusividade. Penhora de vencimento. Não configuração. Supressão unilateral. Impossibilidade.

1. A Segunda Seção desta Corte tem posição consolidada no sentido de que a cláusula que prevê, em contratos de empréstimo, o desconto em folha de pagamento, não configura a penhora vedada pelo art. 649, IV, do CPC, nem encerra qualquer abusividade, não podendo, em princípio, ser alterada unilateralmente, porque é circunstância especial para facilitar o crédito.

2. Embargos de divergência acolhidos.

(EREsp n. 537.145-RS, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 26.9.2007, DJ de 11.10.2007, p. 285)

De fato, caso se entenda que o caráter alimentar de toda e qualquer verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimamente, os credores.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, não somente adiro, como cumprimento o Relator por esse voto. E acrescento a esses fundamentos a aplicação analógica do art. 649, inciso X, do Código de Processo Civil, que é o artigo que trata da impenhorabilidade, no inciso IV, dos vencimentos, salários e remunerações de profissionais liberais, e no inciso X, que diz "até o limite de quarenta salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança".

Penso que é tempo de o Tribunal estabelecer um parâmetro para o que possa ser razoavelmente considerado verba de natureza alimentar a fim de que não fique, na prática, o credor privado de receber a quantia a ele devida em função de valores que superam muito aquilo que razoavelmente se pode considerar como necessidades vitais do devedor, que, sendo servidor público, teria um teto de remuneração; se fosse consignado em folha, que foi o dispositivo que o Ministro Raul Araújo tomou de empréstimo em sua interpretação, 30% da remuneração; se fosse depósito em caderneta de poupança, só seria impenhorável até o valor de quarenta salários mínimos.

Nego provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 1.358.615-SP (2011/0229184-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Recorrente: Procter e Gamble Industrial e Comercial Ltda
Advogado: Túlio Freitas do Egito Coelho
Recorrido: Teresa Saraiva
Advogado: Paulo Alves Esteves e outro(s)

EMENTA

Direito do Consumidor. Recurso especial. Fato do produto. Dermatite de contato. Mau uso do produto. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Alergia - condição individual e específica

de hipersensibilidade ao produto. Defeito intrínseco do produto. Inocorrência. Defeito de informação. Defeito extrínseco do produto. Falta de informação clara e suficiente. Violação do dever geral de segurança que legitimamente e razoavelmente se esperava do produto. Matéria fático probatória. Súm. n. 7-STJ. Súm. n. 283-STF.

1. Não ocorre violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes.

2. O uso do sabão em pó para limpeza do chão dos cômodos da casa, além da lavagem do vestuário, por si só, não representou conduta descuidada apta a colocar a consumidora em risco, uma vez que não se trata de uso negligente ou anormal do produto.

3. A informação é direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC), tendo sua matriz no princípio da boa-fé objetiva, devendo, por isso, ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo.

4. O consumidor pode vir a sofrer dano por defeito (não necessariamente do produto), mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe, seja por ter informações deficientes sobre a sua correta utilização, seja pela falta de advertência sobre os riscos por ele ensejados.

5. Na hipótese, como constatado pelo Juízo *a quo*, mera anotação pela recorrente, em letras minúsculas e discretas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que "depois de utilizar" o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos, não basta, como de fato no caso não bastou, para alertar de forma eficiente a autora, na condição de consumidora do produto, quanto aos riscos desse. Chegar à conclusão diversa quanto ao defeito do produto pela falta de informação suficiente e adequada demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

6. É inadmissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles, nos termos da Súmula n. 283 do STF.

7. A admissibilidade do recurso especial, na hipótese da alínea **c** do permissivo constitucional, exige a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ).

8. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 1º.7.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Tereza Saraiva ajuizou ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos em face de Procter e Gamble Industrial e Comercial Ltda., em virtude de lesões denominadas "dermatite de contato", causadas pelo uso do sabão em pó denominado "Ace", fabricado pela ré, ora recorrente.

Afirmou a autora que adquiriu o referido produto para lavar suas roupas e fazer faxina em casa, mas que, após certo período de tempo, começou a sentir coceira e queimação nas mãos e nos pés, tendo o desconforto evoluído para vermelhidão e grandes bolhas até se diagnosticar a dermatite de contato.

Afirmou que a ré reconheceu sua responsabilidade pelos fatos, tendo, por isso, ressarcido os gastos feitos pela autora nos meses de março e abril de 2003. Contudo, nos meses de maio, junho e julho, limitou-se a disponibilizar um

médico do SAC para que a acompanhasse por telefone, recusando-se a prestar qualquer outro auxílio, fato esse que determinou o agravamento das lesões.

Aludiu, ainda, que a ré fabricou e colocou no mercado sabão em pó cuja manipulação não oferecia a segurança que dele legitimamente se podia esperar, principalmente porque não constava da embalagem daquele produto qualquer alerta acerca da possibilidade do mesmo vir a causar irritação à pele ou outros problemas.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a responsabilidade da empresa pelo fato do produto, condenando-a ao pagamento de valores a título de danos morais (R$ 70.000, 00 - setenta mil reais) e materiais (reembolso de todas as despesas comprovadamente desembolsadas para o tratamento, compensando-se com os valores pagos pela ré na fase inicial deste, bem como a quantia mensal de R$ 1.000,00 - um mil reais - pelo período em que a autora teve limitada a sua capacidade laborativa de esteticista).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP deu parcial provimento ao recurso tão somente para reduzir o valor da indenização por danos morais para cinquenta salários-mínimos, nos termos da seguinte ementa:

> Responsabilidade civil. Sabão em pó que causou dermatite. Nexo causal não afastado. Aplicação da Teoria do Risco da Atividade. Responsabilidade objetiva. Provas que demonstram o dano moral e material. Redução do valor da indenização por danos morais. Recurso parcialmente provido.
>
> (e-fl. 553)

Opostos embargos de declaração, o recurso foi rejeitado.

Irresignada, interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, por violação ao art. 12, § 3º, incs. II e III, do CDC e art. 535, I e II, do CPC.

Salienta que o acórdão foi contraditório e omisso, uma vez que, apesar de instado a se manifestar, não se pronunciou sobre o correto período para fixação dos lucros cessantes nem quanto ao início do cômputo dos juros e correção monetária.

Aduz em suas razões que não há nenhum defeito no produto.

Salienta que a recorrente não pode "se responsabilizar pelas mais diversas reações que seu produto possa vir a causar em um indivíduo, cuja constituição biológica, específica e individual, implique reação adversa", sendo que a alergia da recorrente é uma condição inerente e individual.

Afirma que o só fato de o produto ter eventualmente causado um dano não pode gerar, por si só, a responsabilização automática do fornecedor nem quer dizer que o produto seja mesmo defeituoso.

Adverte que o produto passou por rígido controle internacional e pela prévia aprovação da Anvisa.

Diz ainda que, mesmo que a alergia (dermatite de contato) tivesse como causa o uso do sabão em pó, ainda assim não seria possível sua responsabilização, uma vez que a própria recorrida confessou ter feito uso incorreto do produto, isentando a recorrente de qualquer responsabilidade.

Por fim, assevera que há dissídio jurisprudencial, pois, de acordo com os julgados mencionados, conclui-se que a reação alérgica do consumidor rompeu o nexo causal.

Contrarrazões apresentadas às e-fls. 673-679.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem, ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): *2.* Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, nos limites do seu convencimento motivado.

A leitura do recurso de apelação interposto revela a não ocorrência dos vícios ensejadores da oposição de embargos declaratórios, tendo o Tribunal fundamentado a sua decisão no princípio do livre convencimento motivado, apenas divergindo da pretensão da recorrente.

Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

Com efeito, aplica-se a jurisprudência desta Corte segundo a qual não há ofensa ao art. 535 do CPC quando o acórdão, de forma explícita, rechaça todas as teses do recorrente, apenas chegando a conclusão desfavorável a este.

Confira-se:

> (...)
>
> 1. Não há omissão em acórdão que, apreciando explicitamente as questões suscitadas, decide a controvérsia de forma contrária àquela desejada pela recorrente.
>
> (...)
>
> (REsp n. 1.057.477-RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4.9.2008, DJe 2.10.2008)

De mais a mais, como se percebe, o acórdão ostenta fundamentação robusta, explicitando as premissas fáticas adotadas pelos julgadores e as consequências jurídicas daí extraídas. O seu teor resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão, não se havendo falar, portanto, em ausência de fundamentação.

Esta Corte possui jurisprudência sólida sobre o assunto:

> 1. Inexiste negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem aprecia a questão de forma fundamentada, enfrentando todas as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas.
>
> (...)
>
> (REsp n. 264.101-RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.3.2009, DJe 6.4.2009)

> 1. Não há violação dos artigos 131, 165 e 458, II do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.
>
> (...)
>
> (REsp n. 1.090.861-PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 21.5.2009, DJe 1º.6.2009)

3. No mérito, a autora comprou e utilizou sabão em pó para lavar roupas e fazer faxina em casa, tendo, após algum tempo, sentido coceira e queimação nas mãos e nos pés, com o desconforto evoluído para vermelhidão, grandes bolhas e muita dor, até se constatar a ocorrência de dermatite de contato com diversas sequelas posteriores.

A discussão na hipótese é justamente saber se a fornecedora, ora recorrente, deve ser responsabilizada pelo acidente de consumo decorrente do uso do sabão em pó denominado "Ace", de sua fabricação.

3.1. É incontroverso que a recorrida apresentou reação inflamatória (dermatite de contato) em razão da utilização do sabão em pó "Ace".

O acórdão recorrido asseverou que:

> *Ficou claro que a autora adquiriu o sabão em pó ACE, fabricado pela ré (fls. 20-21), mas o produto lhe causou vermelhidão e bolhas tanto nas mãos como nos pés (fls. 22).*
>
> (...)
>
> Ao contrário do que afirmou a apelante, *o perito judicial concluiu*:
>
> > Após estudo do caso, com base nos dados dos autos e atestados médicos, concluiu-se que a Autora apresentou uma reação inflamatória denominada "dermatite de contato" devido o contato de sua pele com agente irritativo presente no sabão em pó utilizado, no caso o sabão em pó "ACE".
>
> *(...)*
>
> *A prova pericial indica que as lesões podem ter sido ocasionadas pelo produto da recorrente, não tendo a empresa comprovado a inexistência de nexo causal entre o uso de seu produto e as lesões experimentadas pela recorrida*.
>
> (...)
>
> *Não há dúvidas, no caso dos autos, que o que desencadeou a dermatite de contato foi o sabão em pó ACE*.
>
> (...)
>
> *Assim, de alguma forma, o produto da recorrente produziu as lesões na recorrida, sendo devida a sua responsabilização pelos prejuízos*.
>
> (fls. 555-562)

A empresa sustenta que fora constatado que a autora, ora recorrida, possui condição individual e específica de hipersensibilidade ao produto, bem como que a mesma o manuseou incorretamente, haja vista que, além de lavar roupas, utilizou-o na limpeza de diversos cômodos da casa.

3.2. O Código do Consumidor, ao tratar da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, prescreve que:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - sua apresentação;
>
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi colocado em circulação.
>
> § 2º - O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.
>
> § 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que não colocou o produto no mercado;
>
> II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
>
> III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Verifica-se, pois, que o Código previu a responsabilidade objetiva do fornecedor fundada na teoria do risco da atividade, estabelecendo, ainda, possíveis causas de mitigação da responsabilização.

Nessa toada, não se discute aqui que o produto tenha sido colocado no mercado. O que se pretende é a não responsabilização pela inexistência de defeito no produto, seja pelo seu uso inadequado (culpa exclusiva da vítima), seja pela condição intrínseca da consumidora com hipersensibilidade ao produto (inexistência de defeito no produto).

4. No tocante ao mau uso, a moldura fática trazida aos autos retrata que a autora utilizou o produto sabão em pó para lavar roupas e efetuar a limpeza de diversos cômodos da casa.

Diante disso e segundo a recorrente, o uso do sabão em pó para além da lavagem de roupas teria sido suficiente a demonstrar a culpa exclusiva da consumidora, exonerando sua responsabilidade.

Isso porque a culpa exclusiva da vítima representa fator obstativo do nexo causal entre o defeito e o evento lesivo, haja vista a auto exposição da própria

vítima ao risco ou ao dano, tendo por conta própria, assumido as consequências de sua conduta.

Contudo, entendo que a utilização do sabão em pó para limpeza do chão dos cômodos da casa, além da lavagem do vestuário, por si só, não representou conduta descuidada apta a colocar a consumidora em risco, uma vez que não se trata de uso negligente ou anormal do produto.

Conforme ressalta a doutrina:

> Ocorre uso negligente (*contributory negligence*) do produto nas seguintes hipóteses: a) inobstante as instruções ou advertências, o consumidor ou usuário emprega o produto de maneira inadequada, ou dele faz uso pessoa a quem a mercadoria é contra-indicada; b) à revelia do prazo de validade, o produto é utilizado ou consumido; c) quando não se atenda a um vício ou defeito manifesto. Ocorre uso anormal (*unusual use*) quanto o produto é utilizado ou consumido de modo diverso do objetivamente previsto (*abnormal purpose*)" (LEÂES, Luiz Gastão Paes Barros *apud* Almeida, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93)

Ao tratar do tema, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino aponta que:

> O fundamental é que o fato exclusivo da vítima apresente-se, no mínimo, sob a forma de uma conduta descuidada para que possa incidir a eximente. Por isso, a expressão utilizada - culpa exclusiva do consumidor - apresenta-se adequada, pois afasta o comportamento acidental como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, enfatizando a necessidade de uma conduta, pelo menos, descuidada.
>
> O fato culposo do prejudicado é uma eximente que interfere diretamente no nexo de causalidade, não tendo qualquer relação com o nexo de imputação. Em decorrência disso, é necessário verificar se o fato da vítima constitui causa adequada exclusiva, no processo causal, na consecução dos prejuízos sofridos pelo próprio prejudicado. Se isso ocorrer, há exclusão da responsabilidade. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 291-292)

É sabido que muitos consumidores se utilizam do sabão em pó, como produto saneante que é, não só para lavar roupa, mas também para limpeza da casa em geral, não causando estranheza alguma o referido emprego nessas situações, sendo inclusive um comportamento de praxe nos ambientes residenciais.

Dessarte, não há falar, só por isso, que a consumidora tenha resolvido exacerbar os riscos do produto, expondo-se a situações que, em condições normais, o produto ou serviço não ofereceria.

De fato, na hipótese, não se configura a excludente de responsabilidade porque não se pode falar em uso inadequado, pelo menos dentro da expectativa objetiva do grupo de consumidores a que se destina o produto. É que o sabão em pó não foi utilizado de maneira absurda e anômala, mas dentro da expectativa normal de um seleto grupo de consumidores.

Aliás, a própria Resolução-RDC n. 59 de 17 de Dezembro de 2010, da Anvisa, dispõe que:

> Art. 4º - Para efeito deste regulamento técnico são adotadas as seguintes definições:
>
> XX - produto saneante: substância ou preparação destinada à aplicação em objetos, tecidos, superfícies inanimadas e ambientes, com finalidade de limpeza e afins, desinfecção, desinfestação, sanitização, desodorização e odorização, além de desinfecção de água para o consumo humano, hortifrutícolas e piscinas.

Nessa ordem de idéias, em hipótese muito similar à presente questão, o Min. Sanseverino salientou que "o fabricante de brinquedos ou de canetas deve prever que, além do seu uso normal, esses produtos sejam colocados na boca por crianças, não podendo, por isso, ser tóxicos" e conclui "mesmo a utilização incorreta, desde que seja legitimamente esperada, deve ser considerada defeito, ensejando a responsabilidade do fornecedor" (Sanseverino, Paulo de Tarso Vieira. *Op.cit.*, p.127).

5. Além do uso inadequado do produto, tese já afastada, ressalta a fornecedora que sua responsabilidade está excluída pelo fato de a consumidora ser alérgica ao produto, sendo esta uma condição inerente e individual sua de hipersensibilidade à substância, não havendo falar, por isso, em defeito do produto.

5.1. Ao que consta dos autos, a autora teve um quadro alérgico como resposta imunológica ao contato de sua pele com o sabão em pó "Ace", tendo-lhe desencadeado a reação dermatológica nominada de "dermatite de contato" e daí decorrido diversos danos em sua ordem material e moral.

Não obstante, somente os danos causados por produto ou serviço defeituoso é que devem ser indenizados, sendo imprescindível a caracterização de defeito para que ocorra o nascimento da obrigação de indenizar.

Nessa toada, o art. 12 do CDC se relaciona diretamente à idéia de segurança do produto ou serviço tirado por meio de cláusula aberta, em fórmula suficientemente vaga, para conferir amplitude à variedade de fatos de consumo, concretizando-se pela apreciação do magistrado no julgamento do caso em espécie.

Em seu contexto, a doutrina reconhece que o dispositivo previu três modalidades de defeitos dos produtos: a) defeito de concepção; b) defeito de produção e c) defeito de informação.

O defeito de concepção, relacionado ao projeto, *design* do produto, não se discute nos autos.

Além disso, ao que se depreende, o produto utilizado pela recorrida também não teria defeito de produção ou execução, haja vista que não se constatou vícios de fabricação, manipulação, acondicionamento ou montagem do produto.

Dessarte, não há falar em defeito intrínseco do produto, sendo a condição inerente e individual da consumidora de hipersensibilidade ao produto a grande responsável pelos danos efetivamente sofridos por ela.

5.2. Contudo, é de se notar que, no presente caso, a responsabilização da fornecedora não se deu por defeito intrínseco - o produto realmente não apresentou falha material -, mas ao contrário, por defeito extrínseco do produto, qual seja, defeito de informação que foi tida pelos julgadores como insuficiente e inadequada.

Com efeito, o magistrado de primeiro grau reconheceu a responsabilidade da recorrente, tendo o acórdão corroborado com referido entendimento, nos seguintes termos:

> Embora a dermatite de contato seja uma condição inerente e individual da pessoa e que independe da qualidade e marca do produto (v fl. 361), o fato é que a autora antes da utilização do sabão em pó "Ace" fez uso de outras marcas de sabão em pó e nunca sofreu semelhante reação dermatológica. Assim tem-se que se a utilização do sabão em pó fabricado pela ré, em razão de conter na sua fórmula componente capaz de causar alergia na autora, deve a ré responder pelos danos conseqüentes sofridos pela consumidora do produto.
>
> O fato de o produto ter sido aprovado pela Anvisa após os testes noticiados, não exonera a ré do dever de indenizar pelos danos causados à consumidora prejudicada. Ao contrário, se risco há, mesmo que seja de grau reduzido, e se em razão desse risco algum consumidor é lesado, deve o produtor reparar o prejuízo no tocante. (e-fl. 471) (...)

> *Não acode a ré a alegação de que os danos sofridos pela autora decorreram de culpa exclusiva dela por não ter seguido a orientação contida na embalagem do produto.*
>
> *Bem sabe a ré que as donas de casa utilizam o sabão em pó não só para a lavagem de roupas, mas também para a limpeza da casa em geral, sem qualquer proteção de luvas ou botas.* ***Mera anotação pela ré, em letras minúsculas e discretas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que "depois de utilizar" o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos, não basta, como de fato no caso não bastou, para alertar de forma eficiente a autora, na condição de consumidora do produto, quanto ao risco desse uso (fl. 239) Essa recomendação haveria de ser colocada de forma clara e com destaque na embalagem***.
>
> (sentença - fls. 478-479)

> Também não comprovou que a alergia se deu em razão do mau uso pela recorrida, ao menos em relação às mãos, haja vista que *não há indicações no produto no sentido de que o sabão somente seja manejado com luvas e botas*.
>
> (acórdão - fl. 558)

Constata-se, assim, que houve violação ao direito da autora de ser devidamente informada pela fornecedora, tendo em vista a falta de informação clara e suficiente de que o produto só poderia ser utilizado na lavagem de roupas, de que o contato com a pele deveria ser por um curto lapso de tempo, bem como que o produto poderia vir a causar irritação ou qualquer outro problema alérgico (informando os riscos à saúde).

Isto porque a informação devida pelo fabricante visa a garantir a segurança necessária para a utilização do produto, seja sobre a sua utilização, seja pela informação sobre os seus riscos (art. 12, *caput*, do CDC).

Ademais, o art. 31 do Código Consumerista estabelece que:

> A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Relevante notar que "normas especiais podem ampliar tal listagem, mas nunca restringi-la" (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*/ Ada Pellegrini Grinover (*et al*). Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. 1, Direito Material, p. 293).

Prevê a norma, portanto, que o consumidor pode vir a sofrer dano por defeito (não necessariamente do produto), mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe, seja por ter informações deficientes sobre a sua correta utilização, seja pela falta de advertência sobre os riscos por ele ensejados (são danos causados pelos efeitos colaterais do produto).

Nessa ordem de idéias, o Decreto n. 79.094/1977, regulamentador da Lei n. 6.360/1976, que submete à sistema de vigilância sanitária os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, saneamento e outros, prevê ainda que:

> Art. 1º - Os medicamentos, insumos farmacêuticos, drogas, correlatos, cosméticos, produtos de higiene, perfumes e similares, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e os demais, submetidos ao sistema de vigilância sanitária, somente poderão ser extraídos, produzidos, fabricados, embalados ou reembalados, importados, exportados, armazenados, expedidos ou distribuídos, obedecido ao disposto na Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976, e neste Regulamento.
>
> Art. 17 - O registro dos produtos submetidos ao sistema de vigilância sanitária fica sujeito à observância dos seguintes requisitos:
>
> c) indicação, finalidade ou uso a que se destine;
>
> d) modo e quantidade a serem usadas, quando for o caso, restrições ou advertências;
>
> [...]
>
> f) contra-indicações, efeitos colaterais, quando for o caso;
>
> [...]
>
> h) os demais elementos necessários, pertinentes ao produto de que se trata, inclusive os de causa e efeito, a fim de possibilitar a apreciação pela autoridade sanitária.

A resolução RDC n. 184, de 33 de outubro de 2001, da Anvisa estabeleceu quanto à rotulagem de saneantes domissanitário, que:

> 1. Deverão constar no rótulo dos produtos saneantes domissanitários de Risco I:
>
> [...]
>
> 1.8. Instruções de uso: devem ser claras e simples.
>
> 1.8.1. Para os produtos de uso domiciliar, se necessária a utilização de uma medida, esta deverá ser de uso trivial pelo usuário ou deverá acompanhar o produto.

> 1.8.2. Quando a superfície da embalagem não permitir a indicação da forma de uso, precauções e cuidados especiais, estas deverão ser indicadas em prospectos ou equivalente, que acompanhem obrigatoriamente o produto, devendo na rotulagem figurar a advertência: "Antes de usar leia as instruções do prospecto explicativo" ou frase equivalente.
>
> [...]
>
> 1.13. As precauções de uso necessárias para prevenir o usuário dos riscos de ingestão, inalação, irritabilidade da pele e/ou olhos e inflamabilidade do produto, quando for o caso, além das frases: "Conserve fora do alcance das crianças e dos animais domésticos" e "Antes de usar leia as instruções do rótulo".
>
> [...]
>
> 3. Informações obrigatórias dos rótulos de produtos saneantes domissanitários:
>
> 3.1.1. Se contiverem enzimas, alcalinizantes ou branqueadores, adicionar às frases anteriores: "evitar o contato prolongado com a pele. Depois de utilizar este produto, lave e seque as mãos".
>
> 3.2. Produtos à base de sabões: "se ingerido, consultar o Centro de Intoxicações ou Serviço de Saúde mais próximo".

Os diversos dispositivos trazem à lume a preocupação com o dever de informação, com ênfase principalmente no dever de se alertar sobre os riscos do produto.

A informação é direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC), tendo sua matriz no princípio da boa-fé objetiva, devendo, por isso, ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo.

Como ressalta Sanseverino:

> O fornecedor conhece os bens e serviços que coloca no mercado, enquanto a maior parte do público consumidor tem poucas possibilidades de um julgamento razoável das suas qualidades e riscos [...] não bastam instruções em letras minúsculas ou em folhetos ilegíveis, devendo as informações e advertências ser prestadas com clareza. No Brasil, como país em vias de desenvolvimento, a necessidade de prestação de informações claras pelos fornecedores assume um relevo especial, em face do grande número de pessoas analfabetas ou com baixo nível de instrução que estão inseridas no mercado de consumo. As informações devem ser prestadas em linguagem, de fácil compreensão, enfatizando-se, de forma especial, as advertências em torno de situações de risco. (SANSEVERINO, *Op. cit.*, p. 152).

E Herman Benjamim arremata:

> Para a proteção efetiva do consumidor não é suficiente o mero controle da enganosidade e abusividade da informação. Faz-se necessário que o fornecedor cumpra seu dever de informação positiva. Toda a reforma do sistema jurídica nessa matéria, em especial no que se refere à publicidade, relaciona-se com o reconhecimento de que o consumidor tem direito a uma informação completa e exata sobre os produtos e serviços que deseja adquirir.
>
> (...)
>
> O art. 31 aplica-se, precipuamente, à oferta não publicitária. Cuida do dever de informar a cargo do fornecedor. O Código, como se sabe, dá grande ênfase ao aspecto preventivo da proteção do consumidor. E um dos mecanismos mais eficientes de prevenção é exatamente a informação preambular, a comunicação pré-contratual.
>
> Não é qualquer modalidade informativa que se presta para atender aos ditados do Código. A informação deve ser correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (sem prolixidade), ostensiva (de fácil percepção) e em língua portuguesa.
>
> O consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. Por outro lado, por melhor que seja a sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado.
>
> (BENJAMIN, *Op. cit.*, p. 289-293)

De fato, consoante observou o Juízo *a quo*, mera anotação pela recorrente, em letras minúsculas e discretas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o "contato prolongado com a pele" e que "depois de utilizar o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos", não basta, como de fato no caso não bastou, para alertar de forma eficiente a autora, na condição de consumidora do produto, quanto aos riscos desse.

Importante frisar, ainda, que o produto muitas vezes é inofensivo para a grande maioria dos consumidores, mas é imensamente perigoso para um grupo reduzido de usuários, como na hipótese em questão, em que, apesar do controle de qualidade exigido, foi apto a causar crises alérgicas em uma de suas consumidoras.

A própria fornecedora, em sua contestação, reconheceu ser possível a ocorrência de efeitos colaterais indesejados a uma pequena parcela de seus consumidores, senão vejamos:

> Conforme relatórios de testes realizados com o sabão em pó Ace (Doc. 06), podemos auferir que mesmo em situações extremas de exposição direta ao produto diluído (Teste de imersão de Mãos, Teste de Irritação de Pele e Teste Representativo de Aplicação Repetitiva Agressiva de Emplastro Oclusivo), *os níveis de irritação da pele encontrados são muito baixos*.
>
> Entretanto, não obstante os inúmeros testes realizados, prova maior da qualidade do sabão em pó Ace é a aprovação final do produto pela ANVISA, permitindo sua entrada no mercado brasileiro, como produto domissanitário de Grau de Risco I. (Doc. 7). Isso porque, nenhum teste teria sido útil senão para autorização para atuação no mercado nacional. Vale ressaltar que um produto, *ao ser qualificado como de Grau de Risco I, possui baixo risco de ocorrência de efeitos indesejáveis à população*.
>
> (fl. 140)

Exatamente por isso, a embalagem do sabão em pó "Ace" deveria conter advertência destacada acerca dos riscos que o produto poderia acarretar, bem como qualquer outra informação útil e importante, como o modo e tempo de uso aconselhável do produto, sempre levando-se em conta os riscos previsíveis e o grupo a que é destinado.

Com efeito, além do dever de informar sobre a forma correta de utilização do produto, com instruções, todo fornecedor deve, também, advertir os usuários acerca de cuidados e precauções a serem adotados, alertando sobre os riscos correspondentes, principalmente se se tratar de um grupo de hipervulneráveis (como aqueles que têm sensibilidade ou problemas imunológicos ao produto).

Em verdade:

> Quanto aos riscos, o fabricante deve informar sobre todos os perigos previsíveis do seu produto (art. 8º do CDC). Por exemplo, o fabricante deve informar sobre os efeitos colaterais de um medicamento. O fabricante de produtos de limpeza muito fortes deve informar que tais produtos corroem objetos de ferro. [...]
>
> Os perigos previsíveis não são apenas aqueles que resultam do uso adequado. Eles abrangem também os perigos de utilizações erradas que podem naturalmente ou facilmente acontecer. [...]
>
> O fabricante não precisa informar sobre perigos que resultam de utilzações do produto completamente fora de sua finalidade. Ele não precisa advertir do abuso evidente: o fabricante de solventes deve advertir do uso deles em lugares fechados mas não da sua inalação como entorpecentes.
>
> A intensidade da advertência varia em relação ao grupo destinado entre os consumidores: quando um fabricante vende aparelhos de solda para

> revendedores especializados, ele pode ter a expectativa que os compradores finais não sejam leigos.
>
> (FABIAN, Christoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 149-150)

Assim, violado o dever de informação e, por conseguinte, o dever geral de segurança que legitimamente e razoavelmente era esperada pela consumidora, tendo como matriz a boa-fé objetiva, há de prevalecer a responsabilização civil da fornecedora pelo fato do produto.

6. E mesmo que assim não fosse, há de se ressaltar que, no ponto, o recurso especial se mostrou deficiente, uma vez que não impugnou o sobredito fundamento - defeito de informação no produto -, que por si só é suficiente para mantê-lo.

Ademais, assentou o acórdão recorrido que "*também, não se duvida que a situação tenha se agravado em razão do descaso com que agiu a segunda médica contratada pela empresa, que prescreveu remédios caseiros, como 'arroz quebradinho com aveia' e deixou de lhe prestar o auxílio prometido (fls. 379)*", não tendo a recorrente, mais uma vez, enfrentado a referida fundamentação.

Dessarte, percebe-se que a recorrente não se desincumbiu da obrigação de atacar todos os fundamentos suficientes para a manutenção do entendimento exarado no acórdão recorrido, acarretando a incidência da Súmula n. 283 do STF: *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles"*.

7. Insta salientar, ademais, que chegar à conclusão diversa quanto ao defeito do produto pela falta de informação suficiente e adequada demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

Nesse sentido, aliás:

> Recurso especial. Ação de indenização. Acidente automobilístico ocasionado por defeito no pneu do veículo. Vítima acometida de tetraplegia. Corte local que fixa a responsabilidade objetiva da fabricante do produto.
>
> 1. *Insurgência da fabricante*.
>
> 1.1 Não conhecimento do recurso especial pela divergência (art. 105, III, **c**, da CF). Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Ausência de cotejo analítico entre os julgados e falta de similitude fática entre os casos em exame.

1.2 Inocorrência de violação ao artigo 535 do CPC. Acórdão hostilizado que enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide.

1.3 Nulidade da prova pericial não configurada. Inocorrendo as causas de suspeição ou impedimento sobre o profissional nomeado pelo juízo para realização de prova pericial, torna-se irrelevante o fato de ter sido ele indicado por uma das partes, mormente quando não evidenciada, tampouco alegada, de modo concreto, eventual mácula nos trabalhos do expert.

1.4 Demonstrada a ocorrência do acidente em virtude de defeito do pneu, fato do produto, esgota-se o ônus probatório do autor (art. 333, I, do CPC), cabendo à fabricante, para desconstituir sua responsabilidade objetiva, demonstrar uma das causas excludentes do nexo causal (art. 12, § 3º, do CDC).

Fixada pela Corte de origem a existência de nexo causal entre o defeito de fabricação que causou o estouro de pneu e o acidente automobilístico, inviável se afigura a revisão de tal premissa de ordem fática no estrito âmbito do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte.

1.5 Danos morais arbitrados em 1.000 salários mínimos. Valor insuscetível de revisão na via especial, por óbice da Súmula n. 7-STJ. A tetraplegia causada ao aposentado em razão do acidente automobilístico, que transformou inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples da vida, cuida-se de seríssima lesão aos direitos de personalidade do indivíduo. A indene fixada para tais hipóteses não encontra parâmetro ou paradigma em relação aos casos de morte de entes queridos.

2. *Insurgência do autor*.

2.1 O art. 950 do Código Civil admite ressarcir não apenas a quem, na ocasião da lesão, exerça atividade profissional, mas também aquele que, muito embora não a exercitando, veja restringida sua capacidade de futuro trabalho.

Havendo redução parcial da capacidade laborativa em vítima que, à época do ato ilícito, não desempenhava atividade remunerada, a base de cálculo da pensão deve se restringir a 1 (um) salário mínimo.

Precedentes.

2.2 Não acolhimento do pedido de majoração do valor arbitrado a título de danos morais, em razão da incidência da Súmula n. 7-STJ.

Razoabilidade do *quantum* estipulado em 1.000 salários mínimos.

2.3 Inviável a cobrança de juros compostos quando a obrigação de indenizar resultar de ilícito de natureza eminentemente civil.

3. Recurso da fabricante conhecido em parte, e na extensão, não provido. Recurso do autor conhecido e parcialmente provido.

(REsp n. 1.281.742-SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 5.12.2012)

> Agravo regimental. Direito do Consumidor. Compra de veículo zero-quilômetro com defeito. Vícios do produto não solucionados no prazo legal. Ação visando à restituição do valor pago, bem como a condenação em danos morais. Honorários advocatícios. Majoração em segundo grau sem o pedido da parte. Julgamento *extra petita*. Caracterização. Alegação de que os problemas teriam sido solucionados, bem como de que o dano moral não teria sido caracterizado. Questões de prova. Reexame no recurso especial. Descabimento. Súmula n. 7-STJ.
>
> I - Os honorários advocatícios decorrem da sucumbência da parte na demanda e por isso devem ser fixados independentemente de pedido, tendo em vista o princípio da causalidade. Esse entendimento, contudo, não autoriza a majoração, pelo Tribunal, da verba honorária fixada na sentença, para a qual faz-se necessária a iniciativa da parte, em observância ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.
>
> II - A questão não esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste Tribunal, já que não se trata de rever os critérios utilizados para a fixação dos honorários, mas, de violação à lei federal, decorrente de julgamento *extra petita*.
>
> *III - A alegação de falta de comprovação da existência de vícios de fabricação no veículo, bem como de que o laudo pericial teria comprovado a adequação do bem ao fim a que se destina está relacionada às circunstâncias fático-probatórias da causa, cujo reexame é vedado em âmbito de especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal*.
>
> IV - Analisando as provas carreadas ao processo e as peculiaridades do caso concreto, entendeu o Colegiado estadual que o fato de o veículo não ter apresentado condições de uso normal, aliado à necessidade de ele ser devolvido à concessionária para reparos por diversas vezes em curto espaço de tempo, não configurou situação de mero dissabor, justificando-se, portanto, a condenação das rés à reparação por dano moral. Nesse contexto, a pretensão de rever tal conclusão esbarra na necessidade de reexame de prova, atraindo a aplicação da Súmula n. 7 desta Corte.
>
> Agravos do autor, bem como da montadora, segunda ré, improvidos.
>
> (AgRg no REsp n. 895.706-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 2.9.2008, DJe 16.9.2008)

8. Por fim, não merece provimento o aventado dissídio jurisprudencial sustentado, haja vista que trouxe como paradigmas acórdãos que discutem a questão da alergia como sendo apta ao rompimento do nexo causal, sendo que o mérito do presente caso discute a responsabilidade pelo defeito na informação do produto.

Sob esse prisma, é sabido que o recurso fundado na alínea **c** do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência,

"exige-se que o recorrente demonstre, 'analiticamente', que os 'casos são idênticos e mereceram tratamento diverso à luz da mesma regra federal'.

Ora, como visto, não se trata de casos idênticos, mas sim, muito diferentes, uma vez que a responsabilização, na hipótese, adveio do defeito na informação do produto, bem diverso da questão jurídica tratada nos acórdãos trazidos em cotejo.

9. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa. em razão do defeito de informação apontado na origem, conclusão que não se remove sem a Súmula n. 7.

Nego provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.370.687-MG (2013/0007753-4)

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira
Recorrente: Banco Bradesco S/A
Advogados: Matilde Duarte Gonçalves e outro(s)
Luiz Eduardo Massara Guimarães e outro(s)
Recorrido: José Goes Reis - Microempresa
Recorrido: José Goes Reis
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução de título extrajudicial. Executado não encontrado. Arresto prévio ou executivo. Art. 653 do CPC. Medida distinta da penhora. Constrição *on-line*.

Possibilidade, após o advento da Lei n. 11.382/2006. Aplicação do art. 655-A do CPC, por analogia. Provimento.

1. O arresto executivo, também designado arresto prévio ou pré-penhora, de que trata o art. 653 do CPC, objetiva assegurar a efetivação de futura penhora na execução por título extrajudicial, na hipótese de o executado não ser encontrado para citação.

2. Frustrada a tentativa de localização do executado, é admissível o arresto de seus bens na modalidade *on-line* (CPC, art. 655-A, aplicado por analogia).

3. Com a citação, qualquer que seja sua modalidade, se não houver o pagamento da quantia exequenda, o arresto será convertido em penhora (CPC, art. 654).

4. Recurso especial provido, para permitir o arresto *on-line*, a ser efetivado na origem.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 4 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

DJe 15.8.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto com base nas alíneas **a** e **c** do art. 105, III, da CF.

Na origem, *Banco Bradesco S.A.* ajuizou processo de execução contra *José Goes Reis - Microempresa* e *José Goes Reis* (e-STJ fls. 1-7). Os executados não foram encontrados pelo oficial de justiça para a necessária citação.

O exequente requereu, então, a realização de arresto *on-line* com o intuito de bloquear valores eventualmente existentes em nome dos devedores, de modo

a possibilitar a garantia da execução, conforme previsto no art. 653 do CPC (e-STJ fls. 87-88).

O magistrado de primeira instância indeferiu o pedido em decisão que recebeu a seguinte motivação (e-STJ fl. 94):

> Deixo de acolher o pedido de fls. 70-71, pois não tendo ocorrido a citação não há que se falar em arresto *on line* para satisfação do crédito, visto que o devedor ao ser citado tem a faculdade de efetuar o pagamento, nos termos do art. 652 do CPC.

Inconformado, o banco agravou dessa decisão ao TJMG, o qual desproveu o recurso, sob o fundamento de não ser possível a determinação de arresto ou penhora de valores e bens sem a prévia citação do executado.

O acórdão recorrido está assim ementado (e-STJ fl. 114):

> Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Bloqueio de valores via *on line*. Ausência da citação da parte executada. Impossibilidade. Violação ao devido processo legal.
>
> - A determinação de bloqueio de valores via *on line*, sem que tenha sido realizada a citação regular da parte executada, configura desrespeito ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), pois retira do devedor a oportunidade de oferecer outros bens passíveis de penhora.

No recurso especial, o recorrente aponta a existência de divergência jurisprudencial e ofensa aos arts. 653, 654 e 655-A do CPC.

Alega, em síntese, ser possível o arresto, mediante a determinação de bloqueio de valores, por meio eletrônico, antes mesmo da citação do executado, se não foi encontrado pelo oficial de justiça.

Sustenta que a regra prevista no art. 655-A do CPC pode ser aplicada, por analogia, nos casos de arresto (e-STJ fls. 129-139).

O recurso não foi admitido na origem, sob o fundamento de incidência da Súmula n. 83-STJ (e-STJ fl. 165).

No agravo, o recorrente afirmou ser inaplicável a mencionada Súmula.

Em 28.2.2013, dei provimento ao agravo nos próprios autos para determinar sua conversão em recurso especial (e-STJ fls. 216-218).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): No caso concreto, a tentativa de citação dos executados resultou infrutífera.

Diante de tal circunstância, o exequente requereu o arresto de ativos dos executados nos termos do art. 653 do CPC, pleiteando que a medida fosse efetivada na modalidade *on-line*. O Juiz indeferiu a medida, em decisão mantida pela Corte de origem.

O Tribunal *a quo* considerou não ser possível o arresto *on-line* de valores existentes em nome do devedor antes de sua citação.

Sucede que a própria legislação prevê medidas judiciais constritivas passíveis de deferimento sem a prévia oitiva da parte contrária. O arresto executivo, também denominado de prévio ou pré-penhora, de que trata o art. 653 do CPC, consubstancia a constrição de bens em nome do executado, quando não encontrado para citação.

Trata-se de medida com nítido caráter cautelar, que objetiva assegurar a efetivação de futura penhora na execução em curso e *independe da prévia citação do devedor*. Com efeito, se houver citação, não haverá o arresto, realizando-se desde logo a penhora. Portanto, o arresto executivo visa a evitar que a tentativa frustrada de localização do devedor impeça o andamento regular da execução. A propósito, confira-se (grifei):

> Processual Civil. Recurso especial. Ofensa ao art. 535 CPC. Contradição. Inocorrência. Execução fiscal. Dificuldade de citação. Arresto. Requisitos. Cabimento.
>
> 1. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (CPC, art. 535, I) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo, como quando, por exemplo, o dispositivo não decorre logicamente da fundamentação.
>
> 2. O arresto previsto no art. 7º da LEF é medida executiva decorrente do recebimento da inicial, que, por força de lei, traz em si a ordem para (a) citação do executado, (b) penhora, no caso de não haver pagamento da dívida nem garantia da execução, e (c) arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar.
>
> *Trata-se, portanto, de medida semelhante ao arresto previsto no art. 653 do CPC: ambos são providências cabíveis quando há empecilhos à normal e imediata citação do devedor e não se submetem aos requisitos formais e procedimentais da ação cautelar disciplinada nos arts. 813 a 821 do CPC.*
>
> 3. Recurso especial provido.

> (REsp n. 690.618-RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 1º.3.2005, DJ 14.3.2005, p. 235).

Em suma, no processo de execução de título extrajudicial, não sendo localizado o devedor, é cabível o arresto de seus bens. Não ocorrendo o pagamento após a citação do executado, que inclusive poderá ser ficta, a medida constritiva será convertida em penhora. Trata-se de interpretação conjunta dos arts. 653 e 654 do CPC:

> Art. 653. O oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.
>
> Parágrafo único. Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor três vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido.
>
> Art. 654. Compete ao credor, dentro de 10 (dez) dias, contados da data em que foi intimado do arresto a que se refere o parágrafo único do artigo anterior, requerer a citação por edital do devedor. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo a que se refere o art. 652, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não-pagamento.

A propósito, a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> Uma novidade do Código de 1973 constitui no dever imposto ao oficial de justiça encarregado do cumprimento do mandado executivo, de arrestar bens do devedor, suficientes para garantir a execução, sempre que não conseguir localizá-lo.
>
> (...)
>
> A medida do art. 653 do CPC é posterior às diligências da citação. Havendo justo receio, no entanto, com base no art. 615, III, é lícito ao credor pedir o arresto, logo na petição inicial, para que a apreensão de bens do devedor se realize antes mesmo da diligência citatória. Feito o arresto, o oficial de justiça prosseguirá, citando o executado.
>
> Por outro lado, em se tratando de medida excepcional e provisória, a duração do arresto, em qualquer caso, estará subordinado à citação do devedor no prazo legal. Descumprido o disposto no art. 654, o arresto ficará sem efeito (*Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 47ª ed., 2012, p. 272).

Em se tratando, pois, do arresto executivo, a citação é condição apenas para sua conversão em penhora, e não para a constrição, nos termos do art. 653 do CPC.

Portanto, no presente caso, plenamente viável o arresto.

Passo, então, à análise da possibilidade de o arresto ser efetivado *on-line*.

O processo civil brasileiro vem passando por contínuas alterações legislativas, de modo a se modernizar e a buscar celeridade, visando a efetivar o princípio da razoável duração do processo.

Nesse contexto, a Lei n. 11.382/2006 positivou no sistema processual a figura da *penhora on-line* (CPC, art. 655-A), consistente na localização e apreensão, por meio eletrônico, de valores pertencentes ao executado depositados ou aplicados em instituições bancárias.

Esta Corte, no julgamento do REsp n. 1.184.765-PA (Relator Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Seção*, julgado em 24.11.2010, DJe 3.12.2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC), entendeu possível a realização *de arresto prévio por meio eletrônico (sistema BACENJUD) no âmbito da execução fiscal*.

Em que pese o referido precedente ter sido firmado à luz da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), penso ser inevitável a aplicação desse entendimento também às execuções de títulos extrajudiciais reguladas pelo CPC, tendo em vista os ideais de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Por consequência, entendo aplicar-se ao arresto executivo, por analogia, o art. 655-A do CPC, que permite a penhora *on-line*.

Por semelhante razão, também deve se aplicar ao arresto do art. 653 do CPC o entendimento firmado no REsp n. 1.112.943-MA, submetido ao rito dos recursos repetitivos (Relatora Ministra *Nancy Andrighi*, *Corte Especial*, julgado em 15.9.2010, DJe 23.11.2010), segundo o qual desnecessário o exaurimento de busca de bens, podendo a parte, de plano, requerer a constrição por meio eletrônico.

É evidente que o arresto executivo realizado por meio eletrônico não poderá recair sobre bens impenhoráveis (CPC, art. 649 e Lei n. 8.009/1990), por sua natureza de pré-penhora e considerando o disposto no art. 821 do CPC (dispositivo legal que se refere ao arresto cautelar):

> Art. 821. Aplicam-se ao arresto as disposições referentes à penhora, não alteradas na presente Seção.

Em síntese:

(i) nada impede a realização de *arresto* de valores depositados ou aplicados em instituições bancárias, nos termos do art. 653 do CPC, *pela via on-line,* na hipótese de o executado não ser localizado para o ato de citação;

(ii) a conversão do arresto em penhora se condiciona à prévia citação do executado e ausência de pagamento (CPC, art. 654);

(iii) o arresto *on-line* independe da busca de bens físicos; e

(iv) a medida constritiva não pode atingir bens impenhoráveis.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, para reconhecer a possibilidade de efetivação de arresto eletrônico de valores, antes da citação, na hipótese de o executado não ter sido localizado.

Remetam-se os autos à origem, para que o juiz de primeiro grau reaprecie o pedido de arresto formulado pelo exequente, nos termos do decidido neste recurso especial.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sr. Presidente, a medida prevista no art. 655-A diz o seguinte:

> Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade (...).

Está falando em indisponibilidade para possibilitar a penhora. Uma coisa é o arresto, previsto no art. 653 do CPC, como medida que também antecede a penhora e até a própria citação do devedor, outra coisa é já a penhora.

Essa medida, penhora *on line*, é mais drástica e muito mais efetiva que o próprio arresto do art. 653 ou a mera indisponibilidade do art. 655-A. Será muito eficiente, sem dúvida.

Por isso, temo que os exequentes agora prefiram não mais encontrar os devedores para que possam já se valer de penhoras *on line.*

A pessoa não é citada, até porque o exequente pode nem fornecer o endereço certo, justamente para o devedor, o executado, não ser localizado e o

exequente já poder partir para a penhora *on line*, sem citação, sem aviso nenhum do interessado. Este, então, alcançado no seu bem, que venha se defender, se quiser, problema dele. O exequente já estará muito bem atendido.

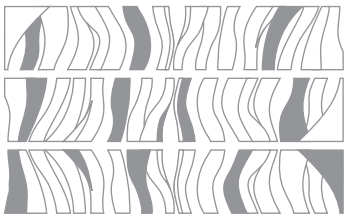
E, diga-se de passagem, nem toda execução é tão legítima assim. Por isso, a lei oferece oportunidade para os embargos à execução.

Então, preocupo-me a repercussão da admissão dessa medida, porque estamos fundindo a medida prevista no art. 653, realizada por meio de oficial de justiça, que é um ser humano, com a do art. 655-A, que é feita por meio desse mundo paralelo e virtual que é a *internet*, na Informática, que, realmente, possibilita um alcance tremendo. Às vezes, diversas contas da pessoa são alcançadas no mesmo valor executado.

Tenho essas preocupações.

Sr. Presidente, quis apenas trazer a debate essas questões que agito para que reflitamos bem sobre as consequências da medida, mas, no caso, também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

Dou provimento ao recurso especial.



Terceira Seção

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.079.847-SP (2012/0120036-4)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Embargante: Ministério Público Federal
Embargado: Wanderlei Verona Antenor (preso)
Advogados: Agostinho Antônio Pagotto - Defensor Dativo
Defensoria Pública da União
Defensoria Pública do Estado de São Paulo-SP

EMENTA

Criminal. Embargos de divergência em recurso especial. Furto. Destruição ou rompimento de obstáculo. Vidro de veículo automotor. Subtração de aparelho sonoro. Configuração da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP. Embargos acolhidos.

1. A subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. De rigor a incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da *res furtiva* visada, no caso, o som automotivo.

3. Comprovada por perícia a destruição do obstáculo, não há como afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

4. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecer a sentença que reconheceu a qualificadora tipificada no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, Retomado o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Og Fernandes, conhecendo dos embargos de divergência, mas negando-lhes provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, e dos votos dos Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista) e Sebastião Reis Júnior, que conheciam dos embargos de divergência, mas negavam-lhe provimento. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes (voto-vista) e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 22 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 5.9.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de embargos de divergência apresentados pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido nos autos do AgRg no REsp n. 1.079.847-SP, assim ementado:

> Agravo regimental. Recurso especial. Furto. Objeto. Interior do veículo. Obstáculo. Rompimento. Qualificadora. Afastamento.

> 1. A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte firmou-se no sentido de que não se mostra razoável reconhecer como qualificadora o rompimento de obstáculo para furto de objetos existentes no interior do veículo, e considerar como furto simples a subtração do próprio veículo automotor, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Sustenta o Ministério Público Federal que o acórdão vergastado está em dissonância com o que vem decidindo a Quinta Turma desta Corte Superior em situações semelhantes, defendendo que a quebra do vidro de veículo automotor para subtração de bens que se encontram em seu interior configura a qualificadora descrita no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Aponta como aresto paradigma o julgamento proferido nos autos do REsp n. 1.112.926-SP.

Admitidos os embargos, a Defensoria Pública da União apresentou impugnação, sustentado que o restabelecimento da qualificadora tipificada no inciso I do art. 155, § 4º, do Estatuto Repressor violaria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao punir com mais severidade - subtração de aparelho sonoro de veículo automotor - conduta menos gravosa que a subtração do próprio automóvel, de valor mais elevado e pelo qual o agente responderia por furto simples.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Consta dos autos que o embargado foi condenado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I, do Código Penal (furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa), à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 11 (onze) dias multa, porque:

> [...] no dia 19 de março de 2006, por volta das 20:40 horas, do interior do veículo Toyota Hilux CS, placas DQK-6090/Fernandópolis, que se encontrava estacionado na avenida Ângelo Mioto, defronte ao n. 120, centro, nesta cidade e comarca, Wanderlei Verona Antenor, qualificado às fls. 09-12, subtraiu para si, mediante rompimento de obstáculo, um aparelho toca CD, marca "Buster", pertencente à vítima José Afonso Cáfaro.

> Apurou-se que o denunciado, aproveitando-se da falta de vigilância no local, após quebrar o vidro da porta do lado direito do referido veículo, do seu interior subtraiu o aparelho toca CD, que estava instalado no painel. (fls. 4-5 e-STJ)

Contra a sentença condenatória a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua 9ª Câmara B do 5º Grupo da Seção Criminal, dado parcial provimento ao reclamo defensivo para desclassificar a conduta do agente para furto simples - art. 155, *caput*, do CP -, redimensionando sua sanção para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 11 (onze) dias multa.

O órgão ministerial interpôs recurso especial buscando o restabelecimento da qualificadora descrita no inciso I do § 4º do art. 155 do Estatuto Penal, ao qual, em decisão monocrática do Exmo. Sr. Ministro *Og Fernandes*, foi negado provimento (fls. 281-283).

Não satisfeito, o *Parquet* Federal agravou regimentalmente, tendo a 6ª Turma confirmado o *decisum*.

Nos embargos de divergência, discute-se a incidência, ou não, da qualificadora no crime de furto do rompimento ou destruição de obstáculo na hipótese de quebra do vidro de veículo automotor para a subtração de aparelho sonoro localizado em seu interior.

De início, observa-se discordância contemporânea entre as Turmas que julgam a matéria Criminal nesta Corte Superior, em especial acerca da interpretação/alcance do inciso I do § 4º do art. 155 do Diploma Penalista. A propósito vale transcrever o dispositivo em questão, *in verbis*:

> Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
>
> Pena - reclusão de um a quatro anos e multa.
>
> § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
>
> I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Pela incidência da qualificadora, veja-se:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto. Destruição ou rompimento de obstáculo. Vidro de veículo automotor. Configuração da qualificadora. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.
>
> 1. Verifica-se que a decisão agravada foi proferida em conformidade com o entendimento assentado por esta Quinta Turma no sentido de que a subtração

de objetos situados no interior de veículo automotor, mediante rompimento ou destruição dos vidros, qualifica o furto. Precedente do STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 165.528-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 28.8.2012 e DJe 9.10.2012).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Penal. Crime contra o patrimônio. Furto. Rompimento de obstáculo. Qualificadora (art. 155, § 4º, I, do CP). Incidência.

1. A orientação jurisprudencial desta Quinta Turma firmou-se no sentido da incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal, quando o agente, para subtrair a coisa que se encontra no interior do veículo, comete o furto mediante o rompimento ou destruição dos vidros. Precedentes do STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 144.032-DF, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Sexta Turma, julgado em 12.6.2012 e DJe 28.6.2012).

Por outro lado, pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, colhem-se os seguintes julgados:

Penal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Desclassificação. Reconhecimento da tentativa. Impossibilidade. Entendimento do Tribunal de origem em sintonia com jurisprudência desta Corte. Ilegalidade manifesta. Ausência. Qualificadora. Rompimento de obstáculo inerente ao veículo para a subtração de som automotivo. Furto simples. Reconhecimento. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido.

1. [...]

4. *In casu*, busca-se a desclassificação do delito de furto consumado para o tentado, em situação na qual, pacificamente, a jurisprudência desta Corte reconhece a modalidade consumada. Precedentes.

5. Não se mostra razoável considerar o furto "qualificado" quando há rompimento do vidro do veículo para a subtração do som automotivo, e considerá-lo "simples" quando o rompimento se dá para a subtração do próprio veículo, razão pela qual deve se dar igual tratamento a ambos, considerando-se-os, portanto, como furtos "simples".

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de se afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo e reduzir a reprimenda. (HC n. 153.472-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21.8.2012 e DJe 29.8.2012).

> Veículo (rompimento dos vidros dianteiro e lateral). Subtração (frente removível do tocador de CD). Furto (simples/qualificado). Sentença (furto simples). Apelação (furto qualificado). Qualificadora (não ocorrência). Princípio da proporcionalidade (aplicação).
>
> 1. O saber penal tem uma finalidade prática, que é atuar no mundo dos fatos. Assim, a dogmática jurídica moderna deve incorporar dados da realidade aos conceitos abstratos a fim de zelar pela segurança jurídica.
>
> 2. À vista disso, não se pode considerar o vidro de um automóvel – coisa quebradiça e frágil –, que, no mundo dos fatos, não impede crime algum, obstáculo, impedimento ou embaraço à subtração da coisa.
>
> 3. Não se pode cominar pena mais grave àquele que, ao quebrar o vidro de um veículo, subtrai a frente removível do aparelho de som, sob pena de se ofender diretamente o princípio da proporcionalidade.
>
> 4. *Habeas corpus* deferido para se excluir a qualificadora, restabelecendo-se a sentença. (HC n. 152.833-SP, Rel. Min. Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 5.4.2010 e DJe 20.9.2010).

Como visto, a Sexta Turma deste Sodalício Superior vêm entendendo que deve ser afastada a qualificadora pelo rompimento ou destruição de obstáculo quando haja quebra do vidro do veículo automotor para subtração de objeto localizado em seu interior, ante a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No entanto, nota-se que a conduta de violar o automóvel, mediante a destruição do vidro para que seja subtraído bem que se encontre em seu interior - no caso, um aparelho de som automotivo - configura o tipo penal de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração da coisa, previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do CP.

A respeito da natureza jurídica e do alcance da qualificadora em questão, colacionam-se as lições de Cezar Roberto Bittencourt, *in verbis*:

> O *modus operandi*, no crime de furto, pode apresentar particularidades que representem maior gravidade na violação do patrimônio alheio, produzindo maior alcance social, tornando a conduta mais censurável e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, que pelo maior desvalor da ação, quer pelo maior desvalor do resultado (destruição ou rompimento de obstáculo)
>
> (...)
>
> A graduação do injusto penal observa sua maior ou menor danosidade, que ora é representada, como dissemos, pelo desvalor da ação, ora pelo desvalor do resultado. Inegavelmente, como destaca Weber Martins Batista (O furto e

> o roubo no Direito e no Processo Penal, e. ed., Rio de janeiro, Forense, 1997), a reprovabilidade é maior para quem utiliza meios excepcionais para superar obstáculos defensivos do patrimônio alheio, ou se organiza para essa finalidade (...) (Código Penal Comentado, Editora Saraiva, 5ª edição, 2009, p. 541-542)

Dúvidas não há de que, num Estado Democrático de Direito, é assegurado, como um dos seus princípios materiais, o da proporcionalidade, o qual determina que a cominação ou mesmo a aplicação da pena esteja em consonância com a gravidade do delito perpetrado.

No entanto, a reprimenda mais severa cominada à forma qualificada do delito em questão tem razão de ser, tendo em vista a maior gravidade e reprovabilidade da conduta nela descrita, uma vez que o agente, na espécie, utilizou-se de meios para destruir o obstáculo (vidro) visando com isso alcançar a *res furtiva* (o aparelho de som).

Trata-se, pois, de opção legislativa, em que se procura reprimir mais severamente tal conduta, por entendê-la dotada de maior lesividade.

Observa-se, no caso, que a violência empregada não foi dirigida contra a coisa subtraída e sim contra o obstáculo existente entre o agente e o objeto pretendido - indicando maior reprovabilidade da conduta -, já que o vidro do veículo automotor constitui meio que dificulta a ação do ofensor e não integra a coisa furtada.

Neste sentido a lição de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS, *in verbis*:

> Obstáculo é o empecilho que protege a coisa, dificultando a subtração. Vejamos alguns exemplos de incidência da qualificadora: a) arrombar a porta da casa; b) matar o cão de guarda da residência; c) destruir as telhas para adentrar a residência; d) cortar os fios do alarme do automóvel ou da cerca eletrificada.
>
> **Cumpre ressaltar que não há necessidade de o obstáculo ter sido previamente estabelecido para a defesa da coisa, bastando que se preste a essa finalidade. Mas o obstáculo deve apresentar um mínimo de resistência, senão exclui-se a qualificadora.**
>
> Sobre o conceito de obstáculo paira controvérsia. Para uns, deve ser exterior à coisa, e não inerente à ela, de modo que a destruição do vidro para subtrair o automóvel constitui furto simples, porque a danificação recaiu sobre a própria coisa furtada, e, por razões lógicas, o fato menos grave, qual seja, destruição do vidro para furtar o toca-CD do automóvel, caracteriza furto simples, embora o vidro seja exterior ao automóvel. Para outros, obstáculo é tudo aquilo que dificulta a subtração, seja exterior ou inerente à coisa furtada, sendo o furto

> qualificado nas duas hipóteses, isto é, destruição do vidro para subtrair o veículo ou o toca CD. Preferimos esta última exegese, porque o obstáculo é qualquer coisa que dificulta a subtração, seja inerente ou exterior àquilo que se pretende furtar. Exemplos: o vidro do carro; a campainha da casa; o alarme; a trava da direção do veículo; a parede da casa, etc. - negrito nosso - (Direito Penal, Parte Especial, Vol. 2, Editora Saraiva, 2ª edição, 2009, p. 350-351)

Vale observar que a configuração da qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Diploma Penalista não viola o princípio da proporcionalidade nesse caso, já que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Nacional e dos preceitos normativos nela dispostos, vêm se posicionando quanto à sua incidência nas hipóteses de quebra de vidro de veículo automotor para subtração de aparelho de som e demais objetos localizados em seu interior.

Neste sentido, tem-se:

> *Habeas corpus*. Penal. Arrombamento de veículo automotor para furtar objeto. Incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal. Precedentes. Ordem denegada. 1. A jurisprudência da Corte está consolidada no sentido de que "configura o furto qualificado a violência contra coisa, considerado veículo, visando adentrar no recinto para retirada de bens que nele se encontravam" (HC n. 98.606-RS, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 28.5.2010). 2. Ordem denegada. (HC n. 110.119-MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 13.12.2011 e DJe 24.2.2012).

> *Penal.* Habeas corpus. *Arrombamento de automóvel para furtar objetos. Incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I do CP. Precedentes do STF. Ordem denegada*. 1. Consoante já decidiu esta Corte, "a destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal" (HC n. 95.351-RS, rel. Min, Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 7.11.2008). 2. Tendo o paciente usado de violência contra obstáculo que dificultava a subtração dos objetos, deve incidir a qualificadora do § 4º, I do art. 155 do CP. 3. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 98.406-RS, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º.7.2009).

Assim, o acórdão vergastado, ao afastar a qualificadora em epígrafe pela aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, destoa do entendimento sufragado por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, observa-se nos autos que foi realizada, a tempo e modo, a perícia que comprovou a destruição do vidro do veículo automotor (fls. 83-86), autorizando o reconhecimento da qualificadora em questão.

Logo, torna-se de rigor a incidência da qualificadora insculpida no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal quando o agente, visando a subtração de objetos localizados no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da *res furtiva* visada, no caso, o som automotivo.

Ante o exposto, acolhem-se os presentes embargos de divergência para fazer prevalecer o entendimento do julgado paradigmático e, assim, dar provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecer a sentença que reconheceu a qualificadora tipificada no art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Sra. Presidente, como bem salientado pelo Eminente Relator, Ministro Jorge Mussi, a matéria tratada nos presentes embargos de divergência diz respeito à caracterização da qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal, vale dizer, se a destruição ou avaria de automóvel para a subtração de objeto que se encontra em seu interior faz incidir a referida qualificadora.

Após o voto do Ministro Relator acolhendo os embargos para fazer prevalecer o entendimento da Quinta Turma, e, por conseguinte, restabelecer a sentença 1º grau, pedi vista para melhor exame da matéria.

Infere-se dos autos que Wanderlei Verona Antenor foi condenado, em primeiro grau, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, porque subtraiu, do interior de um veículo, mediante rompimento de obstáculo - quebra do vidro da porta do passageiro -, um aparelho de CD.

À apelação interposta pela Defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para desclassificar o crime imputado ao réu para furto simples. Inconformado, o Ministério Publico interpôs recurso especial, ao qual a Sexta Turma desta Corte negou provimento.

Há realmente controvérsia entre as Turmas que compõe a 3ª Seção desta Corte.

A questão central é verificar se é razoável punir mais severamente aquele que subtrai um acessório do que aquele que avança contra o principal. Tanto a

doutrina quanto a jurisprudência elencam duas posições acerca da aplicação da majorante de rompimento de obstáculo, para fins de furto.

Para a primeira, adotada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, qualquer obstáculo que implique dificuldade para subtração da coisa, qualifica a conduta criminosa do agente.

A posição contrária, a que me filio, recorre ao princípio da proporcionalidade para vedar qualquer sanção superior àquela que, comparativamente, seria aplicada em hipótese abstratamente mais grave.

De notar que, se o agente, no caso, tivesse danificado o vidro (obstáculo) e subtraído o veículo (com o aparelho de CD) responderia por furto simples. No entanto, porque furtou o acessório acima narrado, lhe é imputada a prática do crime na forma qualificada. A consequência, sabemos nós, é que nesse último caso a pena é aplicada no dobro.

Vejamos:

FURTO SIMPLES	**FURTO QUALIFICADO**
Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de *um a quatro* anos, e multa.	§ 4º - A pena é de reclusão de *dois a oito* anos, e multa, se o crime é cometido: I - *com destruição ou rompimento de obstáculo* à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

No processo de submissão da lei ao *filtro constitucional,* imposto ao julgador, cabe-lhe a defesa dos direitos fundamentais. Assim, se o preceito está em harmonia com a Constituição, válido é; se de interpretação dúbia, empresta-se aquela que melhor confira eficácia normativa à Carta Política; se não resiste ao embate com os seus princípios, é declarado inconstitucional. Isso porque não se pode salvar a lei à custa da Constituição, norma sabidamente de maior envergadura em um ordenamento jurídico.

É bem de ver, em primeiro lugar, que no Estado Democrático de Direito, a produção das normas deve se mostrar ajustada com o processo constitucional, matriz e bússola de navegação do devido processo legislativo.

Leia-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, *in* "Teoria Geral do Processo", 3ª ed., p. 97-98:

> Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje ***são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas***. (grifei)
>
> Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A forma normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com que a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida a vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais (...) Note-se que, quando a norma não pode ser interpretada de acordo com a Constituição, evidentemente não há interpretação de acordo, porém necessidade de controle da constitucionalidade da lei.

É preciso compreender, nessa linha de raciocínio, que os *princípios*, no que diz respeito a sua natureza, constituem-se verdadeiras *normas jurídicas* e, por isso, impõe-se-lhes observância, dada a sua força cogente.

A meu sentir, a cega aplicação da qualificadora do rompimento no caso em questão não anda em harmonia com os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, entrando em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal.

Não ignoro a existência de precedentes isolados da 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal, entretanto, mantenho o posicionamento que vem sendo adotado pela Sexta Turma desta Corte, nos termos dos seguintes julgados:

> Veículo (rompimento dos vidros dianteiro e lateral). Subtração (frente removível do tocador de CD). Furto (simples/qualificado). Sentença (furto simples). Apelação (furto qualificado). Qualificadora (não ocorrência). Princípio da proporcionalidade (aplicação).
>
> 1. *O saber penal tem uma finalidade prática, que é atuar no mundo dos fatos. Assim, a dogmática jurídica moderna deve incorporar dados da realidade aos conceitos abstratos a fim de zelar pela segurança jurídica.*
>
> 2. *À vista disso, não se pode considerar o vidro de um automóvel – coisa quebradiça e frágil –, que, no mundo dos fatos, não impede crime algum, obstáculo, impedimento ou embaraço à subtração da coisa.*

3. Não se pode cominar pena mais grave àquele que, ao quebrar o vidro de um veículo, subtrai a frente removível do aparelho de som, sob pena de se ofender diretamente o princípio da proporcionalidade.

4. *Habeas corpus* deferido para se excluir a qualificadora, restabelecendo-se a sentença. (HC n. 152.833-SP, Relator Ministro Nilson Naves, DJe 20.9.2010)

Habeas corpus. Furto qualificado. Subtração de objeto no interior de veículo. Rompimento de obstáculo. Afastamento da qualificadora. Possibilidade. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

(...)

1. Consoante entendimento consolidado no âmbito da Sexta Turma deste Superior Tribunal, *não se mostra razoável considerar como qualificado o furto de objeto no interior do veículo, ainda que com rompimento de obstáculo, e como simples a subtração do próprio veículo automotor, sob pena de se ferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*.

(...)

4. Ordem parcialmente concedida para afastar a qualificadora prevista no inciso I do § 4º do art. 155 do Código Penal, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 1 ano de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena. (HC n. 174.259-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 7.2.2012, DJe 21.3.2012).

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Divergência jurisprudencial. Rompimento de obstáculo inerente ao veículo para subtração do som automotor. Furto simples. Dissídio não caracterizado. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. Não se mostra razoável considerar o furto qualificado quando há rompimento do vidro do veículo para subtração do som automotor, e considerá-lo simples quando o rompimento se dá para subtração do próprio veículo, *razão pela qual deve se dar igual tratamento a ambos, considerando-se-os, portanto, como furtos simples*.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 922.395-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21.2.2011)

Diante do exposto, a meu ver, torna-se incabível a condenação por furto qualificado ao agente que subtrai um bem do interior do veículo por arrombamento, já que não se pode conceber que uma conduta menos gravosa receba uma punição mais rigorosa, ao passo que a conduta mais grave receba um menor grau de reprovabilidade.

Assim, conheço dos embargos de divergência mas, nego-lhes provimentos para manter o acórdão embargado.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Sra. Presidente, acompanho o voto divergente do Sr. Ministro Og Fernandes, *conhecendo* dos embargos de divergência, mas *negando*-lhes *provimento*.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Sra. Presidente, pedindo vênia à divergência, vou acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, porque entendo que, efetivamente, essa é uma conduta que, à luz da lei, qualifica o delito. Houve um rompimento de obstáculo, sem dúvida, para que, de dentro do veículo, pudesse ser subtraído o CD.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Sra. Presidente, vou pedir licença para fazer umas considerações em face do voto do Sr. Ministro Og Fernandes.

Digo que o Estado Democrático de Direito repousa no princípio da legalidade, dentre outros. Entendo que o legislador, sabiamente, estabeleceu pena de dois a oito anos, na hipótese, § 4º, do art. 155, do Código Penal, dando assim ao julgador a possibilidade de aplicar a pena proporcionalmente ao delito praticado, levando em conta suas circunstâncias e consequências. E, também, que não vejo como, nem quando, nem em que sentido o § 4º do art. 155 fere norma constitucional, ou mesmo direitos fundamentais. Entendo, também, que seja levando o veículo, seja levando o acessório, no caso o som, desde que haja rompimento de obstáculo, está configurada a hipótese do art. 155, § 4º, inciso I.

Portanto, pedindo todas as vênias ao Sr. Ministro Og Fernandes, que inaugurou a divergência, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, acolhendo os embargos de divergência.

É como voto.

RECLAMAÇÃO N. 9.353-DF (2012/0144510-4)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Reclamante: Sidney Felipe de Macedo Silva

Advogado: Alex F Arantes - Defensor Público

Reclamado: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal

Interessado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Penal. Reclamação. Turma Recursal de Juizado Especial Criminal Estadual. Art. 1º da Resolução n. 12/2009, do STJ. Divergência jurisprudencial configurada. Dosimetria. Consideração de inquéritos policiais e termos circunstanciados para a exasperação da pena-base. Inexistência de condenação transitada em julgado. Impossibilidade. Súmula n. 444-STJ. Reclamação julgada procedente.

I. É cabível a ação de reclamação para "dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil", nos termos da Resolução n. 12/2009, do STJ.

II. Hipótese em que foram considerados quatro registros de Inquéritos Policiais e três Termos Circunstanciados, instaurados contra o reclamante, para a exasperação da sua pena-base, tanto a título de maus antecedentes, como de conduta social e personalidade desfavoráveis, o que constitui flagrante afronta à Súmula n. 444 do STJ, que estabelece que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", devendo, pois, ser excluídos do cálculo da pena-base, à mingua de condenação transitada em julgado.

III. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula n. 444-STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título

de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC n. 206.442-SP, Rel. Min. *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, DJe de 2.4.2013).

IV. Reclamação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a reclamação, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Laurita Vaz, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Marco Aurélio Bellizze votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 24 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 10.5.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de reclamação, ajuizada por *Sidney Felipe de Macedo Silva* – condenado à pena de 9 (nove) meses de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 331 do Código Penal –, com fundamento nos arts. 105, I, **f**, da Constituição Federal; 187 do RISTJ e 1º da Resolução n. 12/2009 do STJ, contra acórdão prolatado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, assim ementado:

> Direito Penal e Processual Penal. Desacato. Dosimetria da pena. Conduta pessoal e personalidade do agente. Sentença com trânsito em julgado.

1 - A conduta social e a personalidade do agente podem ser examinadas a partir de registros em folha de antecedentes, não sendo necessária sentença com trânsito em julgado.

2 - Recurso conhecido, mas não provido (fl. 213e).

Sustenta o reclamante, em síntese, que a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, ao admitir a utilização de registros criminais, sem trânsito em julgado, para exasperar a sua pena-base, contrariou a Súmula n. 444-STJ.

Requer, por esses motivos, a procedência da presente Reclamação, para determinar que se proceda a novo cálculo da dosimetria da pena, excluindo, da pena-base, as circunstâncias judiciais inidôneas, a teor da Súmula n. 444 do STJ, e, consequentemente, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Admitida a presente reclamação, foi determinado o seu processamento, nos termos do art. 2º, incisos II e III, da Resolução n. 12/2009 do STJ (fls. 230-232e).

Publicado o edital, para ciência dos interessados, foram prestadas informações, pela autoridade reclamada (fls. 255-259e).

O Ministério Público Federal opinou pela improcedência do pedido (fls. 273-274e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): É cabível a ação de reclamação para "dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais processados na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil", nos termos do art. 1º da Resolução n. 12/2009, do STJ.

Como se viu do relatório, sustenta o reclamante que a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, ao negar provimento ao apelo por ele interposto, mantendo a sentença condenatória, na parte em que utilizou registros criminais, sem trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, afrontou a Súmula n. 444 do STJ.

Ao paciente, na sentença condenatória, proferida em 16.12.2010, foi fixada a pena-base acima do mínimo legal e negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pelos seguintes fundamentos, *in verbis*:

> A culpabilidade emerge da própria conduta *contra legem*, voluntária e conscientemente dirigida a ofender funcionário público no exercício de sua função. *Possui registros penais em sua folha de antecedentes, o que demonstra ter uma conduta social, e personalidade voltadas à prática de delitos de várias espécies*. Por outro lado, as conseqüências do delito são as previstas para o tipo, assim como os motivos são os comuns à espécie, ou seja, menosprezo à função pública. Por fim, as vítimas em nada contribuíram para a eclosão do evento criminoso.
>
> *Por entender serem, em seu conjunto, preponderantemente desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, fixo a pena-base em 9 (nove) meses de detenção, que torno definitiva neste patamar* por não haver circunstâncias agravantes ou atenuantes, nem causas especiais de aumento ou diminuição de pena, *a ser cumprida no* ***regime aberto*** *(art. 33, § 2º, alínea,* ***c****, do Código Penal)*.
>
> *No tocante à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal) e de suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), deixo de substitui-la ou suspendê-la por não recomendar a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e a conduta social do condenado, consoante determinação contida nos termos dos incisos III e II, respectivamente, dos referidos dispositivos legais do Código Penal* (fls. 218-219e).

Em sede de Apelação, a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, em 26.6.2012, negou provimento ao recurso da defesa, ora reclamante, pelos seguintes fundamentos:

> No mérito, *o recurso ataca, pontualmente, a parte da dosimetria da pena, sob o fundamento de que há utilização de circunstâncias judiciais, especificamente a conduta social e a personalidade do agente, uma vez que o juiz se valeu de informações da folha penal sem respaldo em sentença com trânsito em julgado.* Trata-se de questão em que ainda se apresenta como polêmica no Direito Brasileiro.
>
> Não obstante, penso que a melhor hermenêutica para o art. 59 é a de que a conduta social e personalidade referem-se ao de conheci mento corrente do cidadão, mesmo porque não há obrigatoriedade de perícia processual em todos os feitos para análise da personalidade sob o ponto de vista científico. Logo, é dado ao juiz, em face do exame dos fatos, ponderar os comportamentos do condenado para decidir se exaspera a pena ou não, em face da sua postura perante o fato e do seu comportamento social como um todo.
>
> *Não se mostra necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença, pois não se está a trabalhar com o conceito de reincidência, está sim, determinado pelo*

trânsito em julgado da sentença condenatória. O que se examina é a postura social do apenado e o modo como se comportou diante do fato, que pode revelar maior ou menor gravidade. Ademais, elementos como a folha penal do acusado são dotados de caráter publico, a denotar certo grau de seriedade que, não obstante seja inservível para definir um crime, serve como desvalor do comportamento social.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> 3. O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado. novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável. (HC n. 102.088-RS - Rio Grande do Sul *Habeas corpus* Relator(a): Min. Cármen Lúcia)

E o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

> *Embargos de declaração. Apelação criminal. Dosimetria. Súmula n. 444 do STJ. Fato posterior não configura maus antecedentes. 'Recurso provido*. 1. A certidão de trânsito em julgado de condenação por fato posterior ao investigado viabiliza a majoração da pena pela personalidade, ou conduta social, mas não pelos antecedentes. 2. Embargos providos. (Acórdão n. 558.895, n. 201.001, n. 10.269.587APR, Relator Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal, julgado em 1º.12.2011, DJ 17.1.2012, p. 146)

Alinho-me a este pensamento, para entender que pode o juiz, diante dos registros da folha penal, exasperar a pena, situando-a acima do mínimo, como fez no presente caso. No caso, o réu apresenta registro em quatro inquéritos, que vão desde homicídio, furto, injuria; lesões corporais e resistência e coação no curso do processo, além de três termos circunstanciados por injúria e ameaça.

Neste quadro, a conduta social não milita em seu favor e a sua situação não se equipara a de alguém que tem conduta social média, a merecer a pena mínima.

Por isso, a pena em 9 meses de detenção, para um mínimo de 6 meses e o máximo de 2 anos, foi acertadamente fixada.

Isto posto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento (fls. 215-221e).

O acórdão ora impugnado restou assim ementado:

> Direito Penal e Processual Penal. Desacato. Dosimetria da pena, conduta, social e personalidade do agente. Sentença com trânsito em julgado.
>
> 1. A conduta social e a personalidade do agente podem ser examinadas a partir de registros em folha de antecedentes, não sendo necessária sentença com trânsito em julgado.
>
> 2. Recurso conhecido, mas não provido (fl. 213e).

Assim, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão reclamado, foram utilizados quatro registros de Inquéritos Policiais e três Termos Circunstanciados, instaurados contra o reclamante, para a exasperação da sua pena-base, tanto a título de maus antecedentes, como de conduta social e personalidade desfavoráveis, sem condenação transitada em julgado, o que constitui flagrante afronta à Súmula n. 444 do STJ, que estabelece que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", devendo, pois, ser excluídos do cálculo da pena-base.

De fato, a jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula n. 444-STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC n. 206.442-SP, Rel. Min. *Laurita Vaz*, *Quinta Turma*, DJe de 2.4.2013).

Nesse sentido, confiram-se, entre outros, os seguintes precedentes:

> Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º da Lei n. 8.137/1990. Fixação da pena-base e estabelecimento de regime prisional considerando a existência de ações penais e de inquéritos policiais em curso. Impossibilidade. Súmula n. 444-STJ. Agravo regimental improvido.
>
> 1. *A existência de inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula n. 444 deste STJ)*, e tampouco servir como parâmetro para a fixação de regime prisional mais gravoso do que autorizado pela lei. Precedentes desta Corte Superior.
>
> 2. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AgRg no AREsp n. 171.934-PE, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Quinta Turma, DJe de 5.4.2013).

> Penal. Recurso especial. Furto qualificado. Suspensão condicional da pena. Art. 77 do CP. Inquéritos, processos em curso e transação penal. Inexistência de óbice ao deferimento do benefício. Súmula n. 444-STJ.
>
> *1. A existência de inquéritos, ações penais em curso ou processo em que foi aceita a proposta de transação penal, por si só, não autoriza o indeferimento da suspensão condicional da pena.*

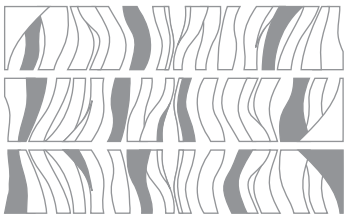
> *2. Inquéritos e ações penais em curso não se prestam para caracterizar maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada. Precedentes.*
>
> 3. Os requisitos subjetivos, previstos no art. 77, II, do Código Penal, exigidos para a concessão do sursis, coincidem com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, cuja análise é necessária quando da fixação da pena-base. Assim, é perfeitamente aplicável ao caso, por analogia, o entendimento consubstanciado na Súmula n. 444-STJ. Precedente.
>
> 4. O feito em que há aceitação de proposta de transação penal não pode constar de certidão de antecedentes criminais, em função do que dispõe o art. 76, § 6º, da Lei n. 9.099/1995.
>
> 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1.262.591-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 18.3.2013)

Assim, a utilização de registros criminais, sem trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela valoração negativa de qualquer circunstância judicial – tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu –, constitui afronta à Súmula n. 444 do STJ.

Ante o exposto, julgo procedente a Reclamação, para excluir, da pena-base fixada ao reclamante, as circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas aos antecedentes criminais, conduta social e personalidade do agente, reconhecidas em razão da existência de registros criminais, sem trânsito em julgado, em seu desfavor, determinando, ao Juízo da Execução, que proceda a novo cálculo da dosimetria da pena, em observância à Súmula n. 444 do STJ, bem como analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Encaminhe-se cópia do presente acórdão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e aos Corregedores-Gerais de Justiça de cada Estado-membro e do Distrito Federal e Territórios, bem como ao Presidente da Turma Recursal reclamada, nos termos do art. 5º da Resolução n. 12/2009, do STJ.

É como voto.



Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 181.847-MS (2010/0147015-7)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Relator para o acórdão: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR)

Impetrante: Christian Duarte Mollinedo

Advogado: Cristian Duarte Mollinedo

Impetrado: Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul

Paciente: Rêne Guillermo Mollinedo Zegarra

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Descabimento. Recente orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Impetração anterior à alteração do entendimento jurisprudencial. Análise do alegado constrangimento ilegal. Necessidade. Observância aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Homicídio culposo. Aplicação da majorante prevista no art. 121, § 4º, do CP. Admissibilidade. Inocorrência de *bis in idem*. Ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei n. 8.038/1990, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. No caso de o remédio constitucional ter sido impetrado antes da alteração do referido entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal deverá ser enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

4. O legislador, ao estabelecer a circunstância de especial aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, 1ª parte, do CP, pretendeu impor uma maior reprovabilidade na conduta do profissional, que, ao agir de forma culposa, o fez com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, não havendo, então, o que se falar em *bis in idem*.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, em não conhecer do pedido, nos termos do voto do Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) as Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) e Laurita Vaz.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 4 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Relator

---

DJe 2.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Rêne Guillermo Mollinedo Zegarra, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente - denunciado pela prática da conduta descrita no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal - foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, bem como ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

No entanto, a Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa (fl. 11):

> *Ementa. Apelação criminal. Homicídio culposo. Negligência médica reconhecida. Mantida causa de aumento de pena. Afastada a prescrição. Improvido*. Não configurada a prescrição, pois o réu foi condenado à pena de 02 anos e 08 meses de detenção, logo, na forma do artigo 109, IV, do Código Penal, a prescrição somente se opera em oito anos. Embora entre a data dos fatos e a sentença tenha transcorrido quase dez anos, o recebimento da denúncia é causa interruptiva do lapso prescricional, na forma do artigo 117, I, do Código Penal, que passa a ser recontado, a partir de então. Comprovada a materialidade e autoria – o réu não agiu de acordo com seu dever, restando comprovada a negligência médica. Não deve haver o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 121 do Código Penal. Isto porque, ao contrário do que pretende o apelante, citado dispositivo não foi introduzido pela Lei n. 10.741 de 1º.10.2003, mas esta lei tão somente alterou a redação a fim de incluir a prática de crime doloso contra os maiores de sessenta anos como causa de aumento de pena.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante que "a condenação se baseia unicamente nas declarações da enfermeira Eni Ferreira Garcia, que afirmou que deu ciência a respeito do trabalho de parto ao médico paciente por telefone, não havendo comprovação de tal fato" (fl. 2).

Destaca que o atendimento à parturiente "não foi prestado anteriormente por haver outra gestante em parto", ressaltando o esforço do paciente "para que fossem realizados ambos os atendimentos, não tendo negligenciado em nenhum caso, pois realizou as duas cirurgias em uma mesma madrugada" (fl. 3).

Sublinha, outrossim, que "a gestante não era paciente particular do médico para que estivesse disponível a qualquer momento, o atendimento era realizado pelo SUS, em caso de emergência, deveria ter sido atendida pelo médico plantonista da noite" (fl. 4).

Diante dessas considerações, entende que o paciente não concorreu para o deslocamento prematuro da placenta da gestante, "não havendo como lhe ser imputada tal responsabilidade penal" (fl. 4).

Pondera, além disso, ser ilegal o aumento da pena nos termos do art. 121, § 4º, do Código Penal, "pois as providências possíveis de serem tomadas foram realizadas, posto que não era o médico plantonista e não estava presente no hospital quando a gestante chegou em trabalho de parto" (fl. 4).

Assere, no particular, que "se o magistrado sentenciante se utilizou da negligência no atendimento da parturiente para a comprovação do homicídio

culposo do feto, não deve utilizar o aumento de pena de inobservância de regra técnica de profissão no mesmo fato" (fl. 8).

Assinala, por derradeiro, que "entre a data do fato (28.9.1999) e a data do recebimento da denúncia (17.10.2005) ou da data de publicação da sentença (4.6.2009), caso seja retirada a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º do CP, já terá ocorrido a prescrição da pretensão punitiva" (fl. 9).

Diante dessas considerações, pede, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação até o julgamento definitivo do presente *habeas corpus*.

No mérito, busca a exclusão da causa de aumento prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, readequando-se a pena do paciente, bem assim o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 33).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

Recebeu o parecer a seguinte ementa (fls. 39-47):

> *Penal e Processual Penal*. Habeas corpus. Paciente condenado a 2 anos e 8 meses de detenção, e ao pagamento de 30 dias-multa, pela prática do crime tipificado no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, homicídio culposo majorado pela causa de aumento de pena decorrente do fato de o crime ter resultado de inobservância de regra técnica de profissão. Acórdão atacado no qual o Tribunal de origem negou provimento à apelação do Paciente. Impetração em que se pleiteia: a) o afastamento da causa de aumento de pena decorrente da inobservância de regra técnica de profissão, sob o fundamento de que a negligência atribuída ao Paciente foi duplamente valorada, tanto para a configuração do tipo, como elementar do tipo penal de homicídio culposo, quanto para o reconhecimento da causa de aumento de pena, o que implicaria *bis in idem*; b) e, afastada a referida causa de aumento de pena, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, improcedência. Preliminar de não conhecimento da impetração, porque o pleito de afastamento da causa de aumento de pena relativa à inobservância de regra técnica de profissão foi apresentado ao Tribunal de origem, e por ele examinado, sob fundamento diverso daquele trazido na impetração, qual seja, o de que a introdução da referida causa de aumento no Código Penal teria ocorrido posteriormente ao fato praticado pelo Paciente. Assim, o exame dessa alegação pelo STJ implicaria supressão de instância. No mérito, se ultrapassada a preliminar, não assiste razão ao Impetrante. Hipótese dos autos em que não houve dupla valoração cm desfavor do Paciente da mesma circunstância fática, qual seja, a negligência no atendimento médico prestado à vítima. A negligência é modalidade de culpa e, nessa condição, foi utilizada para subsumir a conduta

do Paciente ao tipo penal correspondente ao homicídio culposo, artigo 121, § 3º, do CP. Já a causa de aumento relativa à inobservância de regra técnica de profissão, prevista no artigo 121, § 4º, do CP, diz respeito à culpabilidade do agente, ao maior grau de reprovabilidade de sua conduta, o que, na hipótese dos autos, eqüivale a dizer que, além de negligente, o Paciente preteriu regra técnica inerente à sua profissão de médico, qual seja, a de que, como médico obstetra, que acompanhou o pré-natal da parturiente, competia-lhe prestar atendimento pessoal à vítima no momento em que se encontrava em trabalho de parto e não delegar essa tarefa a terceiros, o que, portanto, torna inescusável a sua conduta. Precedente. *Habeas corpus* que não deve ser conhecido e que, se ultrapassada a preliminar, deve ter a ordem denegada.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): O remédio constitucional do *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do *habeas corpus* a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de *habeas*

corpus como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, consequentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Em razão disso, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam, para sua identificação e correção, o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o *habeas corpus* remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário (AgRg no HC n. 239.957-TO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11.6.2011 e HC n. 201.483-SP, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 27.10.2011).

Nessa linha de evolução hermenêutica o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956-PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045-RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550-AC, Relator o Ministro Luiz Fux e *Habeas Corpus* n. 114.924-RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução

de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

O presente *habeas corpus* diz respeito à interpretação do § 4º do art. 121 do Código Penal, embora o impetrante tenha também apresentado argumentos no sentido de afastar a culpa do paciente. No entanto, tal propósito não consta do pedido, nem poderia constar, pois, as instâncias de origem, com base nos elementos extraídos dos autos, entenderam comprovada a materialidade delitiva e presentes elementos suficientes à determinação da autoria, não sendo possível modificar o que ficou estabelecido sem que se faça necessário aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado diante das limitações inerentes à via eleita.

Mas a tese vinda ao Superior Tribunal de Justiça é interessante. Foi ela enfrentada pelo acórdão estadual que se reportou inclusive aos ensinamentos de Magalhães Noronha, assim destacando (fls. 11-18):

> Igualmente, não merece provimento a argumentação da defesa, de que deva haver o afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 121 do Código Penal. Isto porque, ao contrário do que pretende o apelante, citado dispositivo não foi introduzido pela Lei n. 10.741 de 1º.10.2003, mas esta lei tão somente alterou a redação a fim de incluir a prática de crime doloso contra os maiores de sessenta anos como causa de aumento de pena.
>
> Esta era a redação do referido parágrafo quarto, à época dos fatos, com a redação da Lei anterior – n. 8.069/1990:
>
> > § 4º - No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir

> as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

A atual redação, com alteração atribuída pela Lei n. 10.741/2003, é nos seguintes termos:

> § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

Na sentença condenatória, a causa de aumento foi reconhecida em desfavor do réu, conforme trecho que transcrevo (fl. 390):

> (...) Diante deste contexto, tenho por verificada a inobservância, por parte do réu, do dever de cuidado que lhe incumbia para com a vítima. A previsibilidade objetiva do resultado é clara, sobretudo para um médico, estando presente, por sua vez, o nexo normativo entre a conduta omissiva e o evento morte do recém-nascido.

Nos ensinamentos do Professor Magalhães Noronha:

> Negligente é quem podendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental não age ou se comporta de modo diverso (...)" (NORONHA, Magalhães. Do crime culposo, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966 - p. 106).
>
> Dessarte, sobejamente comprovada a tipicidade formal (houve conduta, resultado, nexo causal e adequação típica - art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal), a tipicidade material (criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a tipicidade subjetiva (o agente tinha ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a antijuridicidade (comportamento não abrigado por causa justificante) e a culpabilidade (a pena é efetivamente necessária, o agente é imputável, tem consciência do que fez e poderia ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial." (g.n.)

Desta feita, a causa de aumento de pena deve ser mantida, pois como sobejamente demonstrado no caso em análise, o crime resultou da inobservância de regra técnica de profissão pelo réu-médico.

Atente-se, ainda, para o seguinte trecho da sentença condenatória (fls. 22-24):

> [...] a prova dos autos revela que a vítima, gestante que apresentava contrações normais, colo pérvio para 2 cm de dilatação, com perda de muco com sangue (f. 263), precisava de atendimento médico urgente. No entanto, o réu, médico que acompanhou a gestante desde o pré-natal, quando informado sobre as condições da vítima às 00:15 horas, orientou a enfermeira para que apenas observasse o quadro da paciente. O atendimento à gestante só se deu às 05:00 horas da manhã, demora que ocasionou a morte do feto.
>
> O réu ficou inerte quando tinha o dever de agir. Dirceu Ferreira Guimarães, diretor clínico do Hospital Santa Helena, relata que além da escala médica de plantão há outra escala de obstetra e, no dia dos fatos, o plantonista obstetra era o réu, motivo pelo qual foi chamado pela equipe de enfermagem (f. 68-71).
>
> Geraldo Magno Rezende relata que o obstetra responsável pelo atendimento da parturiente é aquele que a acompanhou desde o pré-natal (f. 72-75). *In casu*, fora o réu que efetuou todo o acompanhamento da gravidez da vítima.
>
> [...]
>
> A prova revela que a vítima permaneceu por mais de cinco horas com sangramento e sentindo fortes dores sem o devido atendimento médico, o que por si só revela a negligência médica.
>
> Os autos demonstram o pouco valor conferido a vida humana, principalmente daqueles que dependem de atendimentos gratuitos. Retrato negativo do sistema público de saúde, direito que deveria ser universal e gratuito.
>
> Repito, a vítima foi internada às 11h55min, consoante o prontuário médico de f. 263, e apesar das fortes dores e sangramento só foi atendida às 05 horas da manhã.
>
> No referido prontuário de atendimento, consta "Comunicado Dr. Rene foi ministrado 500 ml de ringer lactado. Ordem verbal de Dr. Rene às 00h15min 29.9.1999 – Observações 28.9.1999", ou seja, o réu teve imediata ciência da internação da vítima, porém só foi atendê-la 05 horas depois do comunicado.
>
> No caso, a falha apontada se refere à falta de acompanhamento médico, cuja obrigação lhe pesava. Assim, o médico deveria estar presente durante todo o trabalho de parto.
>
> *Conclui-se que o réu não agiu de acordo com seu dever, pois não teve o devido cuidado com a condução do trabalho de parto. A conduta do médico em não estar presente durante o decorrer do trabalho de parto, podendo diagnosticar, se examinasse, a necessidade da intervenção cirúrgica, é expressa inobservância de regra técnica de profissão, denotando negligência por descurar o dever de agir.*

Como vimos do relatório, estamos falando de homicídio culposo agravado pela inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, e de inobservância consistente, segundo a sentença, em não estar o médico presente "durante o decorrer do trabalho de parto, podendo diagnosticar, se examinasse, a necessidade da intervenção cirúrgica, sendo expressa a inobservância de regra técnica de profissão, denotando negligência por descurar o dever de agir" (fl. 24).

Pretende a defesa afastar a causa de aumento do art. 121, § 4º, do Código Penal. Sustenta que se considerou a circunstância da inobservância da norma técnica de profissão para caracterizar o delito culposo e para fundamentar a aplicação da causa de aumento, o que configura insuperável *bis in idem*.

Entendo que lhe assiste razão.

A meu ver, se o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo, o reconhecimento da mencionada causa de aumento significa uma dupla valoração inadmissível.

As causas de aumento de pena classificam-se como circunstâncias objetivas do crime, "ligadas ao tipo penal em seu aspecto descritivo e normativo e à antijuridicidade em seu âmbito objetivo" (David Teixeira de Azevedo. *Dosimetria da Pena, Causas de Aumento e de Diminuição*. São Paulo. Malheiros, 1998, p. 80.)

Por isso, necessário é o processo de adequação típica para o reconhecimento da circunstância. Ora, como as causas de aumento giram em torno de um valor acrescentado ao do bem jurídico expresso no tipo penal principal, imprescindível o reconhecimento da configuração típica desse dado de realidade para, em razão da adequação, justificar-se a exasperação da sanção prevista inicialmente pelo legislador. Se fosse de outro modo, a defesa estaria impossibilitada de contraditar de forma eficiente a imputação, situação de inaceitável violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, mostra-se essencial que as causas de aumento sejam explicitadas tanto na denúncia quanto na sentença condenatória, com a indicação expressa do dado que se fez presente na ação e que é tipicamente adequado à figura abstrata constante da norma instituidora da majorante.

Dentro desse contexto, para a incidência do art. 121, § 4º, do Código Penal, faz-se necessária a indicação clara de qual regra técnica não fora observada pelo profissional, exigindo-se da sentença condenatória a descrição precisa do fato correspondente à imprudência, negligência ou imperícia, bem assim do dado que indique a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Essa exigência é ainda maior no campo médico, pois as normas de cuidado próprias

da profissão normalmente estão incluídas no padrão comum de diligência, sendo laborioso distinguir a negligência ordinária na prática da medicina - art. 121, § 3º, do Código Penal - da profissional. Observem que estamos diante de norma penal em branco, a ser completada pelas regras consagradas no exercício da medicina como cautelas regulares e reconhecidas pela ciência como obrigatórias. É por isso que a jurisprudência reclama do órgão incumbido de julgar a apresentação de situações diversas a se compatibilizar com o núcleo do tipo e com a causa especial de aumento de pena. Noutras palavras, o desrespeito às normas técnicas não pode se apresentar como a própria falta de diligência ou como núcleo caracterizador da ausência do devido cuidado, pois, do contrário, incorrer-se-á em invencível *bis in idem*.

No mesmo sentido:

> *A* - Recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Homicídio culposo. Agravamento pela inobservância de regra técnica de profissão. Não cabimento. Circunstância duplamente considerada para configuração do tipo e da causa de aumento de pena. *Bis in idem*.
>
> *1. O homicídio culposo é aquele em que o agente produz o resultado morte por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, situando-se a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade. De toda sorte, não se pode utilizar do mesmo fato para, a um só tempo, tipificar a conduta e, ainda, fazer incidir o aumento de pena, o que consistiria* bis in idem.
>
> 2. Hipótese em que a peça exordial em momento algum esclarece em que consistiu a causa de aumento de pena, apenas se referindo à inobservância de regra técnica como a própria circunstância caracterizadora da negligência do agente.
>
> [...]
>
> (RHC n. 22.557-SP, Relator o Ministro Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado do TJ-CE -, DJe de 28.6.2011.)
>
> *B* - Recursos especiais. Penal e Processual Penal. Homicídio culposo. Imprudência médica. Agravamento pela inobservância de regra técnica da profissão. Cabimento. Circunstância duplamente considerada para configuração do tipo e da causa de aumento de pena. Existência. *Bis in idem*. Alegação de ausência de nexo-causal. Reexame de matéria fático-probatória. Via imprópria. Súmula n. 7 do STJ. Inobservância do art. 384 do CPP. Inexistência. *Emendatio libelli*.

> *1. O homicídio culposo se caracteriza com a imprudência, negligência ou imperícia do agente, modalidades da culpa que não se confundem com a inobservância de regra técnica da profissão, que é causa de aumento que denota maior reprovabilidade da conduta. O julgador, contudo, não pode se utilizar da mesma circunstância fática para reconhecê-las, sob pena de incorrer em vedado* bis in idem.
>
> [...]
>
> (REsp n. 606.170-SC, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJ de 14.11.2005.)

O Supremo Tribunal Federal possui idêntico entendimento, destacando-se:

> *Ação penal*. Denúncia. Homicídio culposo. Negligência consistente em inobservância de regra técnica da profissão médica. Não percepção de sintomas visíveis de infecção, cujo diagnóstico e tratamento teriam impedido a morte da vítima. Falta conseqüente de realização de exame de antibiograma. Mera decorrência. Causa especial de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do CP. Imputação cumulativa baseada no mesmo fato da culpa. Inadmissibilidade. Majorante excluída da acusação. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 121, §§ 3º e 4º, do CP. A imputação da causa de aumento de pena por inobservância de regra técnica de profissão, objeto do disposto no art. 121, § 4º, do Código Penal, só é admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa.
>
> (HC n. 95.078-RJ, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ de 10.3.2009.)

Os atos judiciais de origem assinalam dados relacionados à conduta típica, consistentes no fato de o acusado, na qualidade de médico, não ter prontamente se dirigido ao hospital para atender a parturiente e examinar a necessidade de intervenção cirúrgica, a despeito das informações prestadas pela enfermeira no sentido de que a gestante apresentava perda de muco com sangue.

Há na sentença alusão a uma só conduta, embora de calamitosas consequências. Em nenhum momento se indicou elemento constante da norma instituidora da causa de aumento. As coisas, a meu juízo, ficaram no plano do próprio conceito de negligência, descrevendo o magistrado somente a omissão do médico nos cuidados e precauções que a maioria dos especialistas considera válidos para controlar os riscos inerentes a determinado caso clínico. Esse comportamento, no entanto, está na generalidade dos casos - art. 121, § 3º, do Código Penal -, não sendo possível considerar a inobservância de regra técnica de profissão de forma bivalente - ora modo de culpa, ora causa de aumento -, donde constato vício que me leva a crer acertados os pedidos feitos pela defesa.

Diante dessas considerações, tenho que o aumento do § 4º do art. 121 do Código Penal deve ser excluído. Por consequência, considerada a nova pena aplicada - 2 (dois) anos de detenção - e contado o transcurso de tempo entre a data do fato (28 de setembro de 1999) e o recebimento da denúncia (17 de outubro de 2005), a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa é medida que se impõe - art. 109, inciso V, do Código Penal (fl. 12).

Registro, no particular, que, em razão da proibição da retroatividade da lei penal mais rigorosa, a atual redação do art. 110, § 1º, do Código Penal, introduzida pela Lei n. 12.234/2010, segundo a qual não pode a prescrição, em nenhum caso, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, não é aplicável à espécie. No mesmo sentido: REsp n. 1.200.031-TO, Relator o Ministro *Sebastião Reis Júnior*, DJe de 4.6.2012.

Ante o exposto, não conheço da impetração.

No entanto, concedo *habeas corpus* de ofício para, de um lado, reduzir a pena para 2 (dois) anos de detenção e, de outro, declarar extinta a punibilidade do fato, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

O Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR): De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei n. 8.038/1990, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC n. 109.956-PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e

do HC n. 114.550-AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC n. 104.045-RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

> Habeas corpus. *Processo Penal. Histórico. Vulgarização e desvirtuamento. Sequestro. Dosimetria. Ausência de demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade*. 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, **a**, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas. 6. *Habeas corpus* rejeitado.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

> Habeas corpus. *Extorsão mediante sequestro. Condenação. Apelação julgada.* Writ *substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Dosimetria da pena. Incidência de agravante. Teses não alegadas na apelação. Supressão de instância. Não conhecimento.* 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento

> de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal, 3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foras enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 131.970-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28.8.2012, DJe 5.9.2012)

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

No tocante ao cerne da postulação, há que se observar, de pronto, os termos do respectivo dispositivo - art. 121, § 4º, do Código Penal -, que estabelece que, "no homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício", e do qual se extrai, tenho para mim, ao utilizar a expressão "se resulta", no singular, "da inobservância de regra técnica de profissão", que está se referindo, sem qualquer observação, à circunstância que deu causa ao resultado, de modo que é possível concluir que o legislador, com tal mandamento, pretendeu apenar mais severamente o profissional que, embora tenha o cabedal necessário de conhecimentos para o exercício de sua ocupação, não o empregou adequadamente, produzindo o evento criminoso.

Não é outro, aliás, o esclarecimento observado na Exposição de Motivos do Código Penal, em que, com um exemplo, fica claro que se pretendeu impor um acréscimo na reprimenda, em decorrência de o agente ser um profissional no ramo do qual resultou a morte, pois fez constar que, "com estes dispositivos, o projeto visa, principalmente, a condução de automóveis, que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa frequente de eventos lesivos contra a pessoa".

Ora, se referiu à velocidade, que importa, de regra, em imprudência, e da qual, quase sempre, *"resulta o crime"* de homicídio ou lesão corporal culposa, sem fazer qualquer distinção em exigir uma outra circunstância, me parece claro que desejou estabelecer, como já disse, um maior apenamento àquele que, tendo conhecimento da profissão, a desconsidera, dando causa ao resultado por imprudência ou negligência.

A lição do insuperável Nelson Hungria não reclama, por igual, outra condição para a aplicação da hipótese, pois diz que "a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, que importa agravação especial, não se confunde com a imperícia, que é uma das modalidades da culpa", com a complementação de que "na imperícia, o agente não tem conhecimentos técnicos; na agravante, ao contrário, o agente tem esses conhecimentos, mas deixa de empregá-los, por indiferença ou leviandade." (*in* Comentários ao Código Penal, Editora Forense, volume V, 6ª edição, p. 192).

Elucidativo, por igual, o escólio de Heleno Cláudio Fragoso, ao ensinar que "a agravação surge através de um *plus* de culpabilidade" e que "só se aplica quando se trata de um profissional, pois somente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis."

Para ilustrar, o grande e saudoso mestre exemplifica que, "se alguém constrói um muro divisório de seu terreno e se tal muro vem a ruir causando a morte, por ter sido edificado com a inobservância de regras técnicas, parece evidente que uma culpa agravada só poderia ter um técnico na construção de muros", e arremata que, "quem, não sendo técnico, se lançasse à construção de um muro, seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposo."

Ao referir, então, nesta última situação, de que o agente "seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposo", deixa bem claro que, em se tratando de um profissional, tal modalidade de culpa mereceria o acréscimo ora em análise.

Mas, continuando, Fragoso ainda esclarece que, *"a maior responsabilidade surge somente pelos acrescidos deveres que tem o profissional"* (grifei), e completa, para não deixar dúvidas, que, "se o muro for construído por um profissional, com inobservância dos deveres de seu ofício, a censurabilidade será bem maior, porque o profissional está adstrito a mais graves responsabilidades." (*in* Lições de Direito Penal, Editora Forense, Parte Especial, volume I, 10ª edição, p. 78-79).

Damásio de Jesus, por sua vez, leciona que, "a qualificadora só é aplicável a profissional, uma vez que somente nessa hipótese é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento" e que, "quando se trata, por exemplo, de amador, o grau de censurabilidade da inobservância do dever de cuidado não vai além do que normalmente se exige para a existência do crime culposo", com a conclusão de que *"a incidência da qualificadora significaria*

aplicar pena e agravá-la diante da mesma circunstância." (grifei, *in* Direito Penal, Editora Saraiva, 2º Volume, 32ª edição, p. 116).

Da jurisprudência, a propósito, é de se destacar a posição adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* n. 86.969-6, que, no corpo do acórdão, ao tratar especificamente do assunto, consignou que:

> É verdade que, em tese e de *lege ferenda*, poder-se-ia considerar um possível *bis in idem* na medida em que a "imperícia" - ou seja, no caso, a inobservância de regra técnica da profissão - já estaria contida no próprio tipo penal do homicídio culposo (arts. 121, § 3º c.c. 18, II, ambos do Código Penal), mas a questão é que, efetivamente e de *lege lata*, o legislador instituiu aquele fato - repita-se: a inobservância de regra técnica da profissão, arte ou ofício - como causa específica de aumento de pena para a situação do homicídio culposo (art. 121, § 4º, do CP), afastando assim qualquer consideração de impropriedade na sua incidência para o caso em análise.

Neste Corte Superior, embora existam diversos precedentes em sentido contrário à minha posição, cumpre destacar, no entanto, o que segue:

> Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Art. 121, §§ 3º e 4º do Código Penal. Alegação de incompatibilidade entre a imperícia, como modalidade de culpa, e a majorante relativa à inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Inépcia da denúncia. Inexistência. Falta de cuidado objetivo devidamente indicada na exordial.
>
> I - Não é inepta a denúncia que indica precisamente em que consistiu a falta de cuidado objetivo exigível.
>
> II - Tratando-se de atuação de profissionais, no caso anestesistas, a inobservância de regra técnica pertinente ao caso concreto, estando devidamente indicada na exordial, também evidencia que esta é válida.
>
> III - Assim, não há qualquer *bis in idem* na imputação fática concreta, mormente se a causa de aumento específica (no *punctum saliens*, a inobservância de regra técnica de profissão) se mostra voltada ao exercício profissional.
>
> IV - Delineada a falta de cuidado objetivo exigível, é desta imputação que o acusado se defende e não da qualificação eventualmente adotada (*v.g.*: negligência, imprudência e imperícia).
>
> Igual raciocínio diz com a causa especial de aumento de pena.
>
> *Habeas corpus* denegado, liminar cassada.
>
> (HC n. 63.929-RJ, 5ª Turma, relator Ministro Felix Fischer, DJe de 9.4.2007).

E mais:

> Criminal. Recurso especial. Homicídio culposo. Negativa de vigência ao art. 41 do CPP. Falta de prequestionamento. Não conhecimento. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Não conhecimento. Afronta ao art. 619, CPP. Inocorrência. Embargos de declaração analisados nos limites dos recurso. Carência de fundamentação da sentença, quanto à pena-base não verificada. Confusão entre negligência e inobservância de regra técnica. *Bis in idem*. Não ocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
>
> (...)
>
> A negligência, sendo modalidade de culpa e integrante do tipo penal, não se confunde com a inobservância de regra técnica, que, como causa especial de aumento de pena, pertence ao terreno da culpabilidade.
>
> Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
>
> (REsp n. 191.911-SP, 5ª Turma, relator Ministro Gilson Dipp, DJe de 3.6.2002).

Por fim, vale consignar que, a prevalecer a posição adotada pelo eminente Ministro relator, a circunstância de especial aumento de pena ora em análise só poderá ser aplicada se o agente, ao cometer a infração, incidir em duas ou mais ações ou omissões imprudentes ou negligentes, uma para configurar a culpa e outra para majorante, o que não é, com todo o respeito, o que diz a lei, que, pela minha leitura, não custa insistir, pretendeu impor um maior grau de reprovabilidade na conduta do profissional que, ao agir de forma culposa, o fez com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

No caso dos autos, a omissão no atendimento à parturiente importou, induvidosamente, no descumprimento de uma importante obrigação do médico e que acabou resultando no crime objeto deste autuado.

O meu voto, em conclusão, é pelo não conhecimento do *habeas corpus*, para manter hígidas as decisões das instâncias ordinárias.

HABEAS CORPUS N. 190.186-RS (2010/0208251-7)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Impetrante: Adriana Hervé Chaves Barcellos - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Paciente: Ivo Santos da Silva Junior
Advogado: Heverton Gisclan Neves da Silva - Defensor Público da União

EMENTA

Habeas corpus impetrado em substituição ao recurso previsto no ordenamento jurídico. *1.* Não cabimento. Modificação de entendimento jurisprudencial. Restrição do remédio constitucional. Exame excepcional que visa privilegiar a ampla defesa e o devido processo legal. ***2.*** *Contravenção penal. Exercício irregular de profissão. Guardador de automóveis. Falta de justa causa para a ação penal. Ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma. Princípio da intervenção mínima do direito penal.* ***3. Habeas corpus*** *não conhecido. Ordem concedida de ofício*.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imperativa, na fase de controle prévio de admissibilidade da denúncia, a constatação da existência ou não de elementos de convicção mínimos que possam autorizar a abertura do procedimento judicial de persecução penal. Precedentes.

3. Segundo a melhor doutrina, o art. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 busca garantir sejam determinadas profissões exercidas por profissionais habilitados, coibindo, desse modo, o abuso e a dissimulação em desfavor daqueles que acreditam estar diante de

profissionais aptos. Assim, a simples ausência de inscrição no órgão competente, em casos como o presente, em que não se exige do profissional conhecimento especial ou habilitação específica, não tipifica o delito, inexistindo justificativa para a intervenção do Direito Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para extinguir a Ação Penal n. 0009992-75.2010.8.21.0033 - Terceira Vara Criminal da Comarca da São Leopoldo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 6 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 14.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Ivo Santos da Silva Júnior, apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Foi o paciente denunciado no dia 25 de fevereiro de 2010, em razão dos seguintes fatos (fls. 26-29):

> Por tempo indeterminado, mas também no dia 30 de janeiro de 2010, por volta das 16h, na Rua Lindolfo Collor, n. 911, Bairro Centro, em via pública, nesta Cidade, o denunciado exerceu profissão de guardador de veículos automotores sem preencher as condições a que por lei está subordinado seu exercício.

> Na ocasião, o denunciado estava cuidando de veículos que estacionavam no local e recebendo dinheiro para tanto, quando foi abordado pela Brigada Militar, que lavrou o presente termo circunstanciado.
>
> O denunciado é reincidente.
>
> *Assim agindo*, incorreu o denunciado nas sanções dos arts. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 e 61, I, do Código Penal. E para que contra ele se proceda, oferece o *Ministério Público* a presente *denuncia*, requerendo, seja autuada e, após a citação do denunciado e apresentação de defesa prévia, recebida, sendo ouvidas as pessoas adiante arroladas, procedido o interrogatório do réu, preenchidas as demais formalidades legais, até final julgamento e condenação.

O Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo rejeitou a denúncia, nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos (fls. 33-35):

> Examinados os autos, entendo que a hipótese amolda-se aos casos de rejeição da denúncia, já que inexiste justa causa para a ação penal.
>
> Cuida-se aqui do crime capitulado no art. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, que veicula o exercício ilegal de profissão ou atividade.
>
> Segundo a denúncia o acusado desempenhava indevidamente o mister de guardador de automóveis em via pública, alheio ao regramento trabalhista pertinente à espécie.
>
> Sucede que no particular nada consta nos autos a evidenciar a premissa na qual se estriba a acusação, notadamente quanto ao elemento integrador do tipo.
>
> Vale dizer, pois, que não há como se presumir o descompasso entre a conduta do réu e a disposição legal pertinente.
>
> Isso, em verdade, era pressuposto a alavancar a persecução penal, uma vez que somente após atestada a irregularidade na alçada laboral caberia cogitar o desdobramento em outras searas, *in casu*, a criminal.
>
> Deveras, não é a hipótese de se exigir o exaurimento de uma via a franquear outra. Tem-se, a rigor, verdadeira norma penal em branco, na medida em que o tipo remete a outra esfera, da qual há inexorável dependência.
>
> Com efeito, simplesmente não se sabe a origem da irregularidade apontada pelo *Ministério Público*, cingindo-se tudo à premissa - incomprovada - da ausência de registro no órgão competente.
>
> Nenhuma notícia, todavia, adveio das repartições trabalhistas a evidenciar a tipicidade da prática desenvolvida pelo denunciado, sobretudo acerca da agremiação ao órgão competente.

> E à míngua de tal dado resta inviável conferir fôlego à demanda, visto que traduz substrato mínimo a permitir a ação penal. Do contrário, ter-se-ia coisa temerária, capaz de render indevidamente a acusação em juízo. A propósito do tema, embora sob enfoque pouco diverso, vale a transcrição, *litteris*:
>
> [...]
>
> Isso posto, não há outra solução que não seja a rejeição da denúncia, já que o fato nela descrito é materialmente atípico, faltando, pois, justa causa à ação penal, *ex vi* do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Contra essa decisão, insurgiu-se o Ministério Público.

Em sessão de julgamento realizada aos 20 de agosto de 2010, a Oitava Câmara Criminal deu provimento ao recurso nestes termos (fls. 58-70):

> Adoto, de início, os bem lançados fundamentos, constantes no parecer de fls. 34-37, da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Antonio Todeschini, que, como de costume, bem avaliou a questão trazida à exame:
>
> > No mérito, o provimento é medida que se impõe.
> >
> > Com efeito, no caso em liça, o apelado foi denunciado nas sanções do artigo 47 da LCP. Relembre-se a dicção do tipo em comento: Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.
> >
> > Em outra medida, e no caso concreto, conforme posto na denúncia, o apelado exercia, em via pública, a profissão de guardador de veículos automotores, sem preencher, porém, as condições legais exigíveis.
> >
> > Ora, já por aí se vê, que descritas todas as elementares do tipo em epígrafe, razão pela qual o recebimento da inicial acusatória era impositivo. Até-porque, conforme se vê do termo circunstanciado anexado, o denunciado foi flagrado, em plena via pública, exercendo a atividade de guardador de carros.
> >
> > O óbice ao recebimento da prefacial acusatória, *permissa venia*, não se sustenta. É que, conforme bem alertado nas razões ministeriais, não se poderia exigir que a acusação fizesse prova negativa. Ou seja, comprovasse de que o denunciado não estava inscrito no órgão específico - Delegacia Regional de Trabalho, e, como tal, desautorizado a exercer a profissão ou atividade respectiva.
> >
> > A equivocidade da exigência pode ser ilustrada pela pertinente comparação trazida à baila pelo Dr. Promotor de Justiça. Vale dizer, *mutatis mutantis*, a exigência lançada na origem como condição do recebimento da denúncia, representaria, em outra medida, na obrigatoriedade da acusação,

> em crime de falta de habilitação, comprovar que o agente não está inscrito no *Detran* como condutor. Essa prova, *datissima venia*, está afeta á defesa e não ao órgão acusatório.
>
> Nessa medida, de fato, houve, na origem, exegese equivocada. em torno do instituto da prova, o que deve ser sanado agora.
>
> Por último, acresce dizer que o apelado ostenta cinco condenações criminais, envolvendo crimes de furto, roubo e porte de droga, sendo reincidente, inclusive. Isso reforça a conclusão, então, de que a sua vida pregressa desrecomenda qualquer interpretação mais mitigante, menos ainda a realizada indevidamente na origem'.

Em acréscimo, insta anotar que o exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores vem regulada pela Lei Federal n. 6.242/1975, que, no seu art. 1º, dispõe o seguinte:

> Art. 1º: o exercício, da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores, em todo o território nacional, depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente.

Tenho que a ilegalidade, no caso em exame, pelo exercício da referida atividade à revelia do registro junto à Delegacia Regional do Trabalho, é matéria que comporta produção de prova durante a instrução, não se exigindo, *ab initio*, como indispensável à propositura da ação penal.

Os indícios vêm consubstanciados na ocorrência policial de fl. 02, ocasião na qual foi noticiado que o inculpado foi abordado, em frente ao Centro Clínico Gaúcho, enquanto trabalhava como guardador de carros, relatando, ao miliciano, que lograva obter cerca de R$ 40,00 diários.

É o que basta ao exercício da ação penal, até mesmo porque, tivesse o réu, no momento da abordagem, apresentado o registro junto ao órgão respectivo e a regularidade de sua atuação, não estaria sendo demandado. A presunção, então, em um juízo de cognição sumária, é que exercia profissão de modo ilegal.

Ilustrando, os seguintes, precedentes, oriundos das Turmas Recursais:

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta a impetrante que "a ausência de prova quanto à irregularidade profissional é ônus exclusivo da acusação. Saliente-se, o réu não tem o dever de provar sua inocência ou a regularidade de sua inscrição profissional, uma vez que o Estado Democrático de Direito já prova sua inocência no enunciado do artigo 5º, LVII. Por outro lado, jamais terá o dever de provar que sua inscrição é irregular, eis que, para além do dever do órgão acusador, é seu direito a não produção de prova que lhe incrimine" (fl. 6).

Diante dessas considerações, pede, em tema liminar, a suspensão dos efeitos da decisão combatida até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*.

No mérito, busca o restabelecimento da decisão de primeiro grau que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor do paciente, nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

O pedido liminar foi indeferido (fl. 79).

Prestadas as informações (fls. 89-101), foram os autos com vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 106-111).

As últimas informações, extraídas do endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, esclareceram que o processo se encontra suspenso, conforme disciplina o art. 366 do Código de Processo Penal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956-PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045-RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550-AC, Relator o Ministro Luiz Fux e *Habeas Corpus* n. 114.924-RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a

mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Inicialmente, relembro situar-se a extinção da ação penal por falta de justa causa no campo da excepcionalidade. É preciso que haja dado incontroverso sobre a impossibilidade de enquadramento de certa conduta no tipo evocado pelo Ministério Público. Além disso, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa, pois o *habeas corpus* não se destina à correção de equívocos, controvérsias ou situações que, embora eventualmente existentes, demandam, para a sua identificação e correção, o exame e consideração de fatos e provas.

Como vimos do relatório, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em desfavor do paciente pois, por tempo indeterminado, exerceu profissão de guardador de veículos automotores sem preencher as condições exigidas na lei.

Sabemos todos que é imperativo, na fase de controle prévio de admissibilidade da denúncia, a constatação da existência, ou não, de elementos de convicção mínimos que possam autorizar a abertura do procedimento judicial de persecução penal. Isso significa, portanto, que, ainda que a conduta descrita na peça acusatória possa ajustar-se, em tese, ao preceito primário de incriminação, mesmo assim esse elemento não basta, por si só, para tornar viável e admissível a imputação penal consubstanciada na denúncia oferecida pelo Ministério Público.

A viabilidade da inicial acusatória, desse modo, depende da identificação de justa causa apta a legitimar a instauração da ação penal, considerados os elementos probatórios, que, apresentados pelo órgão de acusação, destinam-se a demostrar, ainda que minimamente, a ocorrência da conduta narrada na exordial.

Ora, é preciso ter presente, nesse ponto – consideradas as gravíssimas implicações que derivam da instauração, contra quem quer que seja, da

persecução criminal –, que se impõe, por parte do Poder Judiciário, rígido controle sobre a atividade persecutória do Estado, a impedir que se instaure injusta situação de coação processual, pois ao órgão de acusação penal não assiste o poder de deduzir, em juízo, imputação criminal desprovida de um mínimo suporte probatório.

Essa mesma percepção foi registrada por Afrânio da Silva Jardim (Direito Processual Penal, 7ª edição, Forense, p. 323), cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

> *A realidade nos mostra que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado **status dignitais** do acusado, motivo pelo que, antes mesmo do legislador ordinário, deve a Constituição Federal inadmitir expressamente qualquer ação penal que não venha lastreada em um suporte probatório mínimo.*
>
> *Destarte, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, **prima facie**, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que baseada em um mínimo de prova.*
>
> *Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Veja-se neste sentido o que deixamos escrito em nosso trabalho intitulado Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial, publicado pela Revista de Processo, vol. 35, pp. 264-276, da Ed. Rev. Dos Tribunais.*
>
> *Ressalte-se, entretanto, que a Constituição deve condicionar a ação penal à existência de alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal, documentando-a com o inquérito ou peças de informação.*
>
> *Ademais, contraria também o interesse público a formulação de uma acusação prematura, que se apresente, desde logo, como sendo inviável, vez que redundaria em indevida absolvição, sempre garantida pela imutabilidade da coisa julgada material.*

Não se pode ignorar que, com a prática do ilícito penal – acentua a doutrina – "a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é regulamentada, essencialmente Judiciária, tudo a justificar o ponderado exame preliminar dos elementos de informação, cuja presença revele-se capaz de dar consistência e de conferir verossimilhança às imputações consubstanciadas em acusações penais, sob pena de esta fase introdutória do processo penal de conhecimento transformar-se em simples exercício burocrático de um poder gravíssimo que foi atribuído aos juízes e Tribunais". (José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Forense.)

Nesse contexto, assume relevo indiscutível o encargo processual que, ao incidir sobre o órgão de acusação penal, impõe-lhe o ônus de demonstrar, ainda que minimamente, porém com fundamento de relativa consistência, os fatos constitutivos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva do Estado.

Isso aqui não ocorreu.

Como visto o paciente foi denunciado pela suposta prática da conduta descrita no art. 47 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 – da qual pode advir a imposição de pena de prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa – em razão de ter sido encontrado, em via pública, "cuidando de veículos que estacionavam no local e recebendo dinheiro para tanto", sem preencher as condições previstas em lei para o exercício da profissão (fl. 27).

Tal o quadro, antecipo a procedência da alegação de falta de justa causa para a ação penal, tendo em vista que, a meu sentir, a simples ausência de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente não afeta o bem jurídico protegido pela incriminação, o que induz a atipicidade material do fato.

Não desconheço que a atividade de guardador e lavador autônomo de veículos automotores está regulamentada pela Lei n. 6.242/1975 – "O exercício da profissão de guardador e lavador autônomo de veículos automotores, em todo o território nacional, depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho competente". No entanto, na minha compreensão, inexistência da mencionada inscrição, por si só, não revela grau de reprovabilidade suficiente a justificar a incidência do Direito Penal, notadamente diante de seu caráter fragmentário.

Relembremos, no ponto, que, na análise de causas como a presente é essencial a indagação sobre a necessidade, ou não, da incidência do Direito Penal, considerando-se o que assevera o princípio da intervenção mínima, norteador do legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal.

De fato, o sistema jurídico há de considerar a circunstância de que a restrição de direitos do indivíduo somente se justificará quando estritamente necessária à proteção da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano impregnado de significativa lesividade.

Na realidade, e considerado o referido princípio, cumpre reconhecer que o Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor – por não importar em lesão significativa ao bem jurídico tutelado

pela norma – não represente prejuízo relevante ao titular do bem jurídico ou à integridade da própria ordem social.

Observem que o dispositivo em comento busca garantir sejam determinadas profissões – que exigem conhecimento especial ou habilitação específica – exercidas por profissionais habilitados, coibindo, desse modo, o abuso e a dissimulação em desfavor daqueles que acreditam estar diante de profissionais aptos.

Entendo, por isso mesmo, que a ausência de registro no órgão competente, na situação dos autos, configura perturbação social de ordem mínima, que não justifica a intervenção do Direito Penal, podendo ser resolvida, sem dificuldades, no âmbito administrativo, bastando que o acusado seja instruído a providenciar a mencionada inscrição na Delegacia Regional do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal possui idêntico entendimento, destacando-se o HC n. 115.046-MG, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowiski*, julgado em 19.3.2013, assim sumariado no Informativo de Jurisprudência n. 699:

> O guardador ou lavador autônomo de veículos automotores não registrado na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego - SRTE, nos termos fixados pela Lei n. 6.242/1975, *não pode ser denunciado pela suposta prática de exercício ilegal da profissão* (Lei das Contravenções Penais: "Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício". Com base nesse entendimento, a 2ª Turma concedeu *habeas corpus* para restabelecer decisão de 1º grau, que rejeitara a peça acusatória por falta de "pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal" (CPP, art. 395, II). Verificou-se a presença de requisitos para a aplicação do princípio da insignificância**,** a reconhecer a atipicidade material do comportamento dos pacientes. *Reputou-se minimamente ofensiva e de reduzida reprovabilidade a conduta. Destacou-se que a tipificação em debate teria por finalidade garantir que as profissões fossem exercidas por profissionais habilitados e, no caso daqueles conhecidos por "flanelinhas", a falta de registro no órgão competente não atingiria, de forma significativa, o bem jurídico penalmente protegido.* Nessa senda, considerou-se que, se ilícito houvera, aproximar-se-ia do de caráter administrativo.

Nada obstante, por imperativo de minha consciência, convém tecer algumas considerações.

Indiscutível que as circunstâncias de cada caso concreto podem revelar ilicitudes passíveis de responsabilização na esfera penal. Não se descarta, por óbvio, possam ser os guardadores ou lavadores de veículos responsabilizados no âmbito criminal. De fato, se, a pretexto de exercitar a profissão, o agente exigir

do motorista, mediante violência ou ameaça explícita ou implícita, o pagamento para estacionar em via pública, convertendo-se em "dono" do espaço público, demonstrando-se, ainda, que o valor cobrado não se refere à vigilância, mas ao preço para não ter o bem danificado, poderá sua conduta subsumir-se nos tipos penais relativos à extorsão, constrangimento ilegal, dentre outros. No entanto, os fatos constantes dos autos, com a narrativa que lhes deu a denúncia, desacompanhada de elementos mínimos aptos a atrair a incidência do tipo penal, não se mostram suficientes a justificar a propositura da ação penal instaurada contra o paciente.

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de não conhecer da impetração, concedendo, no entanto, *habeas corpus* de ofício para extinguir a ação penal movida contra o paciente, ante a patente falta de justa causa (Ação Penal n. 0009992-75.2010.8.21.0033 - Terceira Vara Criminal de São Leopoldo).

HABEAS CORPUS N. 244.190-RJ (2012/0111148-8)

Relator: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR)
Impetrante: Cezar Roberto Bitencort e outros
Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Paciente: Ettore Reginaldo Tedeschi
Paciente: Ana Cristina Ávila Tedeschi

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Recente orientação do Supremo Tribunal Federal. Configurada a hipótese legal de separação facultativa de processos não há falar em utilização ilícita de prova emprestada. Violação de acordo de cooperação jurídica entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos da América não configurada. Constrangimento ilegal não configurado. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei n. 8.038/1990, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. Configurada a hipótese legal de separação facultativa de processos (art. 80 do CPP), diante das circunstâncias e da existência de conexão entre os ilícitos objeto de ação penal iniciada para apurar a ocorrência de crimes de fraude a licitações e formação de quadrilha e os crimes a que respondem os pacientes (evasão de divisas, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica) decorrentes do desdobramento daqueles fatos, não há falar em utilização indevida de prova emprestada.

4. Existindo elementos seguros nos autos, de que o Governo do Estados Unidos da América autorizou a utilização de documentos que diziam respeito a operação policial denominada de "roupa suja", como elemento de prova para novo processo criminal a ser iniciado, não há ofensa a ao Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmada entre aquele e o governo do Brasil.

5. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Sustentaram oralmente: Dr. Andre Sá do Espirito Santo (p/pactes) e Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Relator

---

DJe 22.2.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR): Trata-se de *habeas corpus,* substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Ettore Reginaldo Tedeschi e Ana Cristina Ávila Tedeschi, acusados da prática dos crimes de falsidade ideológica, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, em concurso material, impugnando o ato do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou igual medida lá requerido, cuja ementa está assim redigida:

> I - Processo Penal. *Habeas corpus*. II - Prova emprestada. Não caracterização. III - Encontros de investigação. IV - Prova obtida ilicitamente com violação ao acordo de assistência jurídica entre o Brasil e EUA. Não ocorrência. V. Compartilhamento. VI. Elementos de mesma origem de investigação. VII. Ordem denegada.
>
> I - Impetração baseada em teses jurídicas sem respaldo substancial no tocante aos fatos que teriam originado a alegada ilicitude daquilo que chama de "provas" utilizadas pelo MPF para oferecer denúncia. Teses que encerram discurso com base meramente semântica.
>
> II - Não caracterização de prova emprestada. Denúncias decorrentes de desdobramento regular de fatos encontrados a partir de medidas que se destinavam a investigar especificamente crimes praticados por meio de licitações públicas com repercussão financeira, lavagem de dinheiro e evasão de divisas dos recursos obtidos. Fatos que geraram denúncias diversas por crimes diversos, mas que foram apurados em fase investigatória por meio das mesmas medidas.
>
> III - Há que se distinguir os elementos investigados e apurados ainda previamente em inquérito e suas medidas cautelares das provas que são produzidas em juízo mediante processo judicial já instaurado. No primeiro caso, sequer está ainda certa a acusação, pois está apurando os fatos, sua materialidade e autoria, o que pode levar a variações e desdobramentos dos fatos iniciais em outros que vão sendo encontrados (encontro de investigações e fortuitos). No segundo, a acusação já está delimitada pela denúncia, e as provas que sobre ela

são produzidas, já se dirigem a fatos específicos que se judicializaram. O caso concreto se enquadra na primeira hipótese.

IV - Deferidas na fase pré-processual, em razão da necessária reserva de jurisdição, medida cautelar de quebra de sigilo bancário e fiscal e medida cautelar de interceptação telefônica através das quais se apuraram elementos indicativos tanto da prática de lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e evasão de divisas, como do suposto esquema de fraude em licitações. Constatação sob a mesma base fática contextual de investigação - encontros de investigação. Não se caracteriza, portanto, prova emprestada, mas sim *elementos encontrados em investigação de crimes diversos*, que na medida em que foram sendo apurados, foram sendo direcionados racionalmente para denúncias distintas, mas necessariamente atreladas à mesma base de apuração.

V - Elementos obtidos por cooperação internacional. Autorização de compartilhamento dos registros obtida via DRCI que ocorreu no curso de medida cautelar de quebra de sigilo bancário e fiscal distribuída por dependência à medida cautelar de interceptação telefônica, ambas com o propósito de apurar eventuais crimes contra o sistema financeiro, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, dentre outros, inseridos numa ótica investigativa que estão estava em andamento e que acabou por reunir os elementos da base das duas denúncias aqui confrontadas, tudo pautado em investigação com mesma base de origem.

VI - Elementos documentais que atestam a autorização do Estado requerido para utilização da prova em ambas as ações. Identidade de origem e referência fática que autorizou o compartilhamento. Indicação explícita do Estado requerido no sentido de viabilizar a utilização das informações da cooperação jurídica internacional para os casos relacionados à determinada operação policial, em clara referência a desdobramentos, mostrando que o alcance da utilização dele dizia respeito a todo o arcabouço de elementos delituosos encontrados no curso das investigações, não importando em quantos processos eles se desdobrariam nem os nomes da Operações que ganhariam cada qual deles. O que importa aferir é a ***substância dos fatos que ensejaram a cooperação***, que, no caso, dada a internacionalidade, muito mais se identifica com os crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, fatos apurados na operação cuja denúncia os impetrantes afiram de ilícito embasamento.

VII - Ordem denegada (fls. 44-46, destaques do original).

Os impetrantes sustentam, em breve síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, porque os elementos que sustentaram a denúncia e deram origem a Ação Penal n. 2006.51.01.532892-2 foram obtidos por meio de provas emprestadas, originadas de outro processo (n. 2005.51.01.515714-0), no qual eles não integraram o polo passivo.

Aduzem, ademais, que algumas das provas foram obtidas em desrespeito ao acordo de cooperação judiciária firmado entre os Governos do Brasil e dos Estados Unidos da América, uma vez que não houve expressa autorização deste último para a utilização dos respectivos documentos, que diziam somente respeito à "Operação Roupa Suja", e foram utilizados, indevidamente, para a "Operação 6ª feira 13", em razão da qual os pacientes foram denunciados.

Cabe registrar que a Corte Regional, inicialmente, não conheceu do *habeas corpus* lá impetrado, por entender que havia supressão de instância, porquanto a matéria não tinha sido suscitada junto ao Juízo de Primeiro grau.

Seguiu-se, então, recurso ordinário a esta Corte, do qual foi relator o Ministro Adilson de Vieira Macabu, tendo esta Turma, no julgamento do RHC n. 31.266-RJ, decidido pelo provimento do pedido, a fim de que o Tribunal *a quo* apreciasse o mérito da impetração, que, em novo julgamento, denegou a ordem.

Daí o presente *habeas corpus*, repisando os fundamentos lá utilizados, no sentido de que houve utilização ilícita de prova emprestada.

A liminar foi indeferida (fls. 469-472).

O Ministério Público Federal, no parecer lançado pela eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. Elizeta Maria de Paiva Ramos, opinou pela denegação da ordem (fls. 479-486).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) (Relator): De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei n. 8.038/1990, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC n. 109.956-PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC n. 114.550-AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC n. 104.045-RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

> *Habeas corpus*. Processo Penal. Histórico. Vulgarização e desvirtuamento. Sequestro. Dosimetria. Ausência de demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade.
>
> 1. O *habeas corpus* tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, **a**, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.
>
> 2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.
>
> 3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.
>
> 4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.
>
> 5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.
>
> 6. *Habeas corpus* rejeitado.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do

habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

> *Habeas corpus*. Extorsão mediante sequestro. Condenação. Apelação julgada. *Writ* substitutivo de recurso especial. Inviabilidade. Dosimetria da pena. Incidência de agravante. Teses não alegadas na apelação. Supressão de instância. Não conhecimento. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal, 3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foras enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância. 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 131.970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28.8.2012, DJe 5.9.2012)

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado, para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

E, neste aspecto, cumpre consignar, desde logo, que, mediante denúncia do Ministério Público Federal, se instaurou a Ação Penal n. 2005.51.01.515714-0, contra Vittorio Tedeschi e Altineu Pires Coutinho, dentre outros, pelo cometimento dos crimes previstos nos arts. 90 e 96, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 e arts. 288 e 333, parágrafo único, ambos do Código Penal.

No curso deste feito, surgiram provas da prática de outras infrações penais, como falsidade ideológica, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, o que levou o organismo ministerial a promover nova acusação em face aos mesmos réus - Vittorio Tedeschi e Altineu Pires Coutinho - e mais dezenove acusados, incluídos os pacientes Ettore Reginaldo Tedeschi e Ana Cristina Ávila Tedeschi, dando início ao processo penal ora impugnado.

Tal circunstância, a origem dos elementos que autorizaram a peça acusatória, ficou bem esclarecida no seu preâmbulo, pois os Srs. Procuradores da República que a subscreveram, fizeram constar que a respectiva narrativa

fática teve por "base os elementos de prova obtidos a partir das investigações que deram causa a Ação Penal n. 2005.51.01.515714-0 (doc. VII - Operação Roupa Suja), da qual o presente feito foi desmembrado" (fl. 52-STJ), com a complementação de que "as condutas criminosas que fazem parte da presente inicial, em boa dose, guardam relação de pertinência e conexão com os ilícitos outrora imputados, decorrendo a necessidade de distribuição por dependência a esse d. juízo" (fl. 53-STJ), ou seja, à 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

Não está no autuado a decisão que promoveu o apontado desmembramento, mas é possível, mesmo assim, admiti-lo, já que aqueles dois acusados inicialmente nomeados se encontravam presos, e isto, por si só, já autorizava a separação, na forma do art. 80 do Código de Processo Penal, até mesmo para ampliar eventuais diligências e investigações.

Não há dúvidas, então, da existência de conexão entre os ilícitos objeto da ação inicialmente referida e os crimes a que respondem os ora pacientes, pois é possível compreender que a nova acusação, que envolveu pelo menos quatro dos réus do primeiro feito, entre eles Vittorio e Altineu, como já disse, decorreu de desdobramento daqueles fatos, e, assim, nada impedia, diante das circunstâncias, que fossem objeto de outro processo, instaurado separadamente, desde que, claro, no mesmo juízo, pois esta, tenho para mim, é uma das hipóteses de separação facultativa de processos.

Lecionando a respeito, o festejado doutrinador Guilherme de Souza Nucci ensina que, embora a regra, em caso de conexão, seja "a união dos processos para uma melhor apreciação da prova pelo juiz, evitando-se decisões conflitosas, pode ocorrer a inconveniência dessa junção, seja porque torna mais difícil a fase probatória, seja pelo fato de envolver muitos réus - uns presos e outros soltos - *e até por razões outras que somente o caso concreto pode determinar*" (grifei - *in* Código de Processo Penal Comentado, Editora RT, 9ª edição, p. 244).

Esta, aliás, foi a posição adotada pela autoridade judiciária, pois, no despacho preliminar, cuidou de deixar bem clara a questão relativa a conexão, e, como consequência, a competência, ao registrar o que segue:

> De início, cabe assentar que, seja pela essência narrativa, seja pelo enquadramento típico operado pelo *parquet*, os fatos imputados na denúncia que consta destes autos são novos, porém, guardam inegável conexão com os dados colhidos no bojo da chamada operação Roupa Suja, cujos autos foram originalmente distribuídos a este Juízo. Portanto, plenamente legítima é a

> distribuição por dependência desta nova ação penal. Neste aspecto, deve ser também salientado que a acusação ora formulada invoca amparo em material probatório produzido por meio de várias decisões cautelares prolatadas por este Juízo. Destarte, com fulcro nos artigos 76, 79 e 83 do CPP, reconheço e declaro a competência desta 4ª Vara Federal Criminal-RJ para tramitação e julgamento do feito (fl. 211 - STJ).

Não há, então, o que se falar em "prova emprestada", vez que, insisto, se tratam de fatos que surgiram no curso da instrução do processo original, os quais, na verdade, diante da reconhecida conexão, deveriam ter sido objeto de aditamento a denúncia e só não o foram em razão do desmembramento referido pelo organismo ministerial (fl. 52-STJ), tal como permite o citado art. 80 do CPP.

Mas, mesmo que assim não fosse, não se poderia referir igualmente a *prova emprestada*, tal como é empregada na doutrina e na jurisprudência, pois não se a utilizou em decisão final e sim para fundamentar a nova acusação, o que, aliás, seria providência obrigatória a qualquer juiz, quando, "em autos ou papéis de que conhecerem", observarem "a existência de crime de ação pública", na forma do art. 40 da citada legislação processual.

Ao discorrer sobre este dispositivo legal, o eminente Professor Fernando da Costa Tourinho Filho registra que "a lei confere aos Juízes e Tribunais, pouco importando se criminais ou cíveis, o dever de dar a ***notitia criminis*** ao Ministério Público sempre que, ao apreciar autos ou papéis, constatarem a existência de algum fato que constitua crime de ação penal pública incondicionada" (*in* Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, Volume 1, 13ª edição, p. 188).

Não custa insistir, então, que, ainda que não houvesse a conexão antes consignada, não era, absolutamente, o caso de *prova emprestada*, mas, isto sim, de elementos colhidos na instrução da ação penal inicialmente referida e que autorizaram o oferecimento de outra denúncia, por outras infrações, contra os ora pacientes, e a cujos fatos estão respondendo, em procedimento, é claro, em que serão observados os princípios do contraditório e de ampla defesa, já que as provas orais deverão ser repetidas.

Não vejo, por outro lado, qualquer ofensa ao Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmado entre os governos do Brasil e dos Estados Unidos da América, pois a autorização, datada de 2 de setembro de 2008 (fl. 458-STJ), embora faço referência a "operação Roupa Suja", se destina - é a minha conclusão - justamente para o processo criminal ora impugnado.

Senão, vejamos.

A Ação Penal sob n. 2005.51.01.515714-0, que os impetrantes dizem que "os ora pacientes, Ettore Reginaldo e Ana Cristina, não foram denunciados" (fl. 5-STJ), recebeu denúncia em 2.9.2005 (fl. 448-STJ), de modo que, é evidente, a autorização contida na correspondência de fl. 458-STJ não se destinava a ela, mas, isto sim, a "um novo processo criminal a ser iniciado", a partir de 2.9.2008, "contra Vittorio Tedeschi, Reginaldo Tedeschi e Altineu Pires Coutinho perante a 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, por lavagem de dinheiro e outros crimes correlatos", conforme consta na respectiva tradução (fl. 457-STJ).

E este "novo processo criminal a ser iniciado" e "perante a 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro", de que trata o ofício autorizatório, só pode ser o que está sendo refutado neste *habeas corpus*, já que a denúncia foi oferecida posteriormente a dita autorização, ou seja, em 19.10.2009, conforme noticia a própria impetração (fl. 5-STJ) e se observa a fl. 202-STJ, e o foro competente, referido expressamente, como se viu, só ficou conhecido após o oferecimento da denúncia relativa a "Operação Roupa Suja".

Além disso, a correspondência que permitiu a utilização da prova oriunda dos Estados Unidos faz referência expressa a "Reginaldo Tedeschi", que é o paciente Ettore Reginaldo Tedeschi, que não foi acusado na primitiva ação, e consigna "por lavagem de dinheiro e outros crimes correlatos", que só surgiram no desenrolar daquela, que tinha por objeto, não custa relembrar, fraude em licitação, corrupção ativa e quadrilha ou bando.

Assim, como não se observa ilegalidade na prova utilizada para amparar a instauração da Ação Penal sob n. 2006.51.01.532892-2, e tendo em vista os argumentos inicialmente expendidos, o meu voto é pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 249.917-SP (2012/0157603-5)

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)

Impetrante: Eduardo Jacomo Teixeira - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Thiago Migliori Amorim

EMENTA

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Apelação improvida. Fundamentação insuficiente. Mera ratificação da sentença. Ausência de transcrição do excerto. Constrangimento ilegal evidenciado. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Incorre em ilegalidade, por ofensa aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal decisão da Corte *a quo* que apenas mantém a sentença por seus próprios fundamentos, não trazendo as justificativas do improvimento do recurso, sem sequer transcrever as razões da decisão mantida no acórdão, não permitindo, assim, examinar-se quais foram as fundamentações da decisão de primeiro grau, tão pouco saber se foram analisadas todas as alegações aventadas no apelo.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para anular o acórdão relativo à Apelação n. 0068313-14.2010.8.26.0050-SP, e determinar seja realizado novo julgamento do recurso interposto pelo paciente, trazendo em seu teor devida fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Relatora

---

DJe 28.6.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Thiago Migliori Amorim*, contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal, às penas de 1 (um) ano de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito.

Inconformado o paciente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

> *Receptação*. Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas. Prova robusta a admitir a condenação do réu. Penas fixadas adequadamente. Recurso não provido.

No presente *writ*, sustenta a impetrante nulidade do acórdão combatido, ao argumento de que se limitou a ratificar a sentença para negar provimento ao recurso, encontrando-se, pois, ausente de fundamentação, em afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Requer seja anulado o acórdão hostilizado, determinando-se seja outro proferido com a devida fundamentação.

O pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 31-34).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o STF. Violência doméstica contra a mulher. Medida protetiva de urgência. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Fundamentação idônea. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC n. 109.956-PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 7.8.2012, publicado no DJe de 11.9.2012; HC n. 104.045-RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012; HC n. 108.181-RS, Primeira Turma, Relator Min. *Luiz Fux*, julgado em 21.8.2012, publicado no DJe de 6.9.2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC n. 114.550-AC (DJe de 27.8.2012) e HC n. 114.924-RJ (DJe de 27.8.2012).
>
> 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."
>
> 3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, "usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida".
>
> 4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

> 5. *Habeas corpus* não conhecido (HC n. 221.200-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Com efeito, a adequada fundamentação constitui pressuposto de validade das decisões judiciais, de modo que, caso o julgador não exponha suficientemente as condições de fato e direito que embasaram suas conclusões, a decisão estará eivada de nulidade, conforme preceitua o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, e o inciso II do art. 381 do Código de Processo Penal.

No caso, o Tribunal *a quo* denegou o recurso de apelação, limitando-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos, como se constata do seguinte trecho do acórdão (fl. 18):

> O apelante foi condenado como incurso nas sanções do artigo 180, *caput*, do Código Penal, porque no dia, hora e local mencionados na denúncia, recebeu em proveito próprio o veículo, tipo caminhão, de propriedade de João Francisco Freitas de Gouveia, sabendo de sua origem criminosa.
>
> Consta que a vítima João Francisco teve roubado seu caminhão por dois elementos não identificados e, após a subtração, na mesma data, o acusado recebeu em proveito próprio o veículo de pessoa não identificada, sabendo de sua origem criminosa, pois, após o recebimento do veículo, conduziu-o pela via pública, ostentando placa traseira "fria".
>
> A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecidas, merece ser mantida por seus próprios fundamentos, ora ratificados, nenhum reparo se lhe impondo, seja quanto ao reconhecimento da ocorrência dos fatos e da sua autoria ao réu atribuída, seja quanto à caracterização do crime de receptação, seja, ainda, quanto às penas e o regime prisional aplicados.
>
> Assim sendo, e nestes termos, nega-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se, nos termos em que proferida, a r. sentença de primeiro grau.

Certo é que a jurisprudência desta Corte admite a motivação *per relationem* nas decisões judiciais, desde que conste em seu teor a transcrição das razões adotadas como fundamentação.

Entretanto, não é o que se vislumbra no caso, pois, como visto, a Corte *a quo* apenas manteve a sentença por seus próprios fundamentos, não trazendo as justificativas do improvimento do recurso, sem sequer transcrever as razões da decisão mantida no acórdão, não permitindo examinar-se quais as fundamentações da sentença, tão pouco saber se foram analisadas satisfatoriamente todas as alegações aventadas no apelo, incorrendo, assim, em ofensa aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal.

Assim, diante da fundamentação precária do acórdão hostilizado, imperiosa a concessão da ordem de ofício para anular o referido excerto e determinar novo julgamento da apelação, observando-se o princípio da fundamentação das decisões judiciais, conforme disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Corroborando esse entendimento, confiram-se os seguintes julgados:

> *Habeas corpus*. Paciente condenado pelo crime de roubo. Desprovimento do apelo defensivo. Mera remissão à sentença condenatória. Fundamentação insuficiente. Ilegalidade flagrante. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida para anular o acórdão impugnado.
>
> 1. Embora não seja a melhor técnica, em casos de urgência, pode o julgador se utilizar de motivação *per relationem* como razão de decidir, remetendo aos fundamentos de decisão anterior, do parecer do Ministério Público ou da representação da Autoridade Policial, desde que transcritos e devidamente motivados.
>
> 2. Tal entendimento, contudo, não desonera o julgador de apresentar as razões de sua decisão, pois "ainda que se permita que a motivação dos julgados seja sucinta, deve-se garantir, tanto às partes do processo, quanto à sociedade em geral, a possibilidade de ter acesso e de compreender as razões pelas quais determinada decisão foi tomada." (HC n. 176.238-SP, Rel. Ministro *Jorge Mussi, Quinta Turma*, julgado em 24.5.2011, DJe 1º.6.2011.)
>
> 3. O acórdão de apelação impugnado não apresenta adequadamente os fundamentos que motivaram o desprovimento do recurso interposto pela defesa do Paciente. Reconhecimento de nulidade que se impõe.
>
> 4. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a nulidade do acórdão que desproveu o apelo defensivo e determinar que seja realizado novo julgamento do recurso, com a devida demonstração das razões de decidir (HC n. 204.219-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23.4.2013).

> Processo Penal. *Habeas corpus*. Roubo duplamente circunstanciado. Julgamento do recurso de apelação. Acórdão que adota como razões de decidir motivação contida na sentença de primeiro grau e em parecer do Ministério

Público. Fundamentação *per relationem* não configurada. Ausência de fundamentação do acórdão. Nulidade absoluta reconhecida. Ordem concedida.

1. A necessidade de motivação das decisões judiciais se justifica na medida em que só podem ser controladas ou impugnadas se as razões que as justificaram forem devidamente apresentadas, razão pela qual, ante a inteligência do art. 93, IX, da Carta Maior, se revelam nulas as decisões judiciais desprovidas de fundamentação autônoma.

2. As Cortes Superiores de Justiça têm consolidado entendimento jurisprudencial no sentido de não se afigurar desprovido de motivação o julgamento colegiado que ratifica as razões de decidir adotadas na sentença de primeiro grau, desde que haja a sua transcrição no acórdão, utilizando-se da denominada fundamentação *per relationem*.

3. *In casu*, porém, a simples remissão empreendida pelo Desembargador Relator no voto condutor do acórdão prolatado em sede de apelação, não permite aferir quais foram as razões ou fundamentos da sentença condenatória ou do parecer ministerial incorporados à sua decisão, não se podendo constatar, ainda, se satisfatoriamente rechaçadas todas as alegações formuladas pela defesa no mencionado apelo, exsurgindo, daí, a nulidade do julgado. Precedentes: HC n. 219.572-SP, DJe de 5.11.2012 e HC n. 210.981-SP, DJe de 21.11.2011.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para, reconhecendo a nulidade do acórdão hostilizado por falta de motivação, determinar que seja realizado novo julgamento da Apelação Criminal n. 0047834-73.2005.8.26.0050, promovendo-se a devida fundamentação do *decisum*. (HC n. 220.562-SP, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, Desembargadora convocada do TJ-PE, Sexta Turma, DJe 25.2.2013).

Criminal. *Habeas corpus*. Furto qualificado. Absolvição sumária. Princípio da insignificância. Sentença cassada em apelo ministerial. Ausência de fundamentação do acórdão *a quo*. Mera remissão aos fundamentos do parecer ministerial. Ausência de transcrição de excertos da manifestação ou de outros elementos de convicção. Nulidade evidenciada. Ordem concedida.

I. As Cortes Superiores de Justiça têm externado seu entendimento jurisprudencial no sentido de admitir a utilização das razões exaradas pelo *Parquet*, adotando-as nas decisões judiciais mediante a sua transcrição, utilizando-se da denominada fundamentação *per relationem* (Precedentes).

II. Hipótese na qual há que se reconhecer a ocorrência de nulidade no acórdão ora combatido, pois este revela-se desprovido de motivação, já que o Colegiado de origem apenas remeteu-se às razões do parecer ministerial, sem que tenha sido acrescentado qualquer outros elementos de convicção ou sequer transcrito excertos da referida manifestação.

III. Consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, compete ao Julgador proceder à fundamentação das decisões judiciais, sobressaindo, no caso em apreço, a nulidade do acórdão *a quo*.

IV. Deve ser decretada a nulidade do acórdão, por falta de suficiente fundamentação, e determinado que o Tribunal *a quo* proceda à devida análise do apelo ministerial, como entender de direito, com a manutenção da liberdade do paciente até a renovação do julgamento do retrocitado recurso.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 234.614-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 20.6.2012).

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Entretanto, concedo a ordem de ofício para anular o acórdão relativo à Apelação n. 2012.0000131981, e determinar seja realizado novo julgamento do recurso interposto pelo paciente, trazendo em seu teor devida fundamentação.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 260.196-DF (2012/0249716-3)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Impetrante: Deborah de Oliveira Figueiredo
Advogada: Deborah de Oliveira Figueiredo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Paciente: Thomas Douglas de Oliveira Falcão (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento

que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. Não obstante, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Homicídio duplamente qualificado tentado. Prisão em flagrante convertida em preventiva. Requisitos. Preenchimento. Tese de menor participação. Impossibilidade de exame no remédio constitucional. Circunstâncias do delito. Garantia da ordem pública. Presença dos requisitos para a cautelaridade. Condições pessoais. Favorabilidade. Medidas cautelares alternativas. Necessidade, adequação e suficiência. Coação evidenciada. Ordem concedida de ofício.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes.

2. A análise acerca da tese veiculada na inicial de que o paciente não teria conhecimento da intenção homicida do corréu ao conduzi-lo até a presença da vítima é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. Embora a custódia esteja justificada na garantia da ordem pública, mostra-se necessária, devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dadas as circunstâncias em que cometido o delito, tentado, e às condições pessoais do agente, primário, sem registro de qualquer outro envolvimento criminal, com 21 anos à data dos fatos, residência fixa e profissão definida.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por

cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes ao fim a que se propõem.

6. Vislumbrando-se a existência de flagrante ilegalidade, permite-se a concessão da ordem de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Constrição antecipada. Excesso de prazo. Ausência de desídia da autoridade judiciária. Observância ao princípio da razoabilidade. Regular andamento do feito. Ilegalidade ausente.

1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade.

2. Feito que tem tido regular e pronto andamento, não havendo notícias de desídia ou inércia na prestação jurisdicional, tampouco que esteja ocorrendo morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais.

3. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, II, IV e V do Código de Processo Penal, devendo o Juízo singular estipular a distância mínima que o paciente deverá manter da vítima, bem como os lugares que não poderá acessar ou frequentar, a fim de evitar a reiteração delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 7.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário com pedido liminar impetrado em favor de *Thomas Douglas de Oliveira Falcão* contra acórdão da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que denegou a ordem no *Writ* n. 20120020226348, mantendo a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva, nos autos da ação penal em que restou denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, *caput*, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, *sendo que houve aditamento à denúncia, para incluir as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do art. 121 do CP.*

Informa o impetrante que o paciente foi preso em flagrante por ter supostamente auxiliado o corréu na tentativa de homicídio da qual foi vítima Leonardo Carlos Mendes Dante, constando do seu interrogatório que, no dia dos fatos, teria avistado a vítima, que o chamou para conversar, mas como duas semanas antes o ofendido teria efetuado disparos de arma de fogo contra o corréu Pablo da Silva Cardoso, seu conhecido, ficou com receio de ir ao encontro do mesmo, achando por bem buscar Pablo em casa para que o acompanhasse na conversa com Leonardo e, assim que se aproximaram da vítima, "sem qualquer aviso a Thomas, Pablo desceu da moto e surpreendentemente efetuou disparos, ficando Thomas perplexo com a atitude do conhecido" (fls. 2).

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que não teria sido apresentada motivação idônea para justificar a manutenção da segregação processual do paciente, reputando ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, malferindo, destarte, o disposto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Aduz que a custódia cautelar do acusado teria sido fundamentada exclusivamente na gravidade abstrata do delito, não tendo a autoridade impugnada demonstrado concretamente os motivos pelos quais sua liberdade vulneraria a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Afirma que a vítima possuiria comportamento criminoso e ameaçador, já tendo efetuado disparos de arma de fogo em frente a um bar na semana anterior aos presentes fatos, razão pela qual o paciente apenas teve medo de conversar a sós com ela.

Ressalta que o denunciado é primário, possui bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, predicados que lhe permitiriam responder a ação penal em liberdade.

Alega que o acusado encontra-se preso há mais de 3 (três) meses, sem a devida fundamentação, a ponto de restar configurado excesso de prazo de sua custódia cautelar.

Requereu, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se em seu favor o competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida.

Sobreveio petição requerendo fosse o impetrante informado da data em que o processo será levado em mesa, para fins de apresentação de memoriais e de realização de sustentação oral (fls. 203).

Informações prestadas, noticiando o andamento do feito (fls. 205 e 206).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Conforme relatado, por meio deste *habeas corpus* originário, impetrado em substituição ao recurso ordinário cabível, busca-se a obtenção da providência jurisdicional que foi negada pelo Tribunal de origem.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea **c**, da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea **a** do mesmo dispositivo constitucional, *hipóteses inocorrentes na espécie.*

Por outro lado, prevê a alínea **a** do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais o pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

De se destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956-PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e dos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea **c**, da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Todavia, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Compulsando-se os autos infere-se que o paciente foi preso em flagrante em 2.9.2012 e em seguida denunciado pela prática do crime do art. 121, *caput*, c.c. art. 14, inciso II, c.c. art. 29, todos do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

> É dos autos que em 2.9.2012, cerca de 09:30hs, em via pública a Qr 206, atrás do BRB, próximo ao "Restaurante Cumpade", Samambaia-DF, Thomas Douglas Oliveira Falcão e Pablo da Silva Cardoso, de forma livre e consciente, com vontade de matar, em unidade de desígnios e esforços conjugados, tentaram matar Leonardo Carlos Mendes Dante, mediante disparos de arma de fogo, não consumando o crime por circunstância estranha ao querer dos agentes.
>
> Nas circunstâncias de data, tempo e local descritas, o denunciado Thomas passava de motocicleta e, após avistar a vítima, foi ao encontro do denunciado Pablo para, em seguida, retornarem ao encontro da vítima e executarem o crime.
>
> De volta ao local do fato com Pablo na garupa de sua motocicleta, Thomas jogou a moto em movimento contra a vítima, ocasião em que Pablo sacou arma de fogo e efetuou disparos contra Leonardo.
>
> *O denunciado Thomas contribui para o delito na medida em que induziu e instigou o denunciado Pablo a efetuar os disparos, chamando-o para praticarem o delito. Thomas também concorreu para o crime mediante auxílio material, uma vez que, guiando sua motocicleta, buscou Pablo em outro local para juntos cometerem o crime. Além disso, Thomas ainda prestou auxílio material, ao passo em que deu fuga ao executor Pablo.*

> A morte da vítima somente não se consumou por razão estranha ao querer dos agentes, vez que Leonardo recebeu eficiente tratamento médico. (fls. 98)

Constata-se que o Juízo Singular, por decisão proferida em 4.9.2012, converteu a prisão em flagrante em preventiva, nos termos a seguir aduzidos:

> Na hipótese dos autos, diante das informações colhidas, há prova da ocorrência do delito, especialmente os depoimentos juntados ao auto de prisão em flagrante, onde constata-se que a vítima foi alvejada por disparo de arma de fogo, havendo informações suficientes que apontam o investigado como suposto autor/partícipe do crime de tentativa de homicídio qualificado.
>
> Conforme já analisado, não se trata de hipótese de relaxamento da prisão em flagrante, porquanto o investigado foi preso logo após a suposta prática dos fatos em apuração, e em circunstâncias que faziam presumir a autoria do crime, estando caracterizado o flagrante delito, nos termos do art. 302, III, do Código de Processo Penal.
>
> Dessa forma, analisando a conduta do investigado, percebe-se que a conversão do flagrante em prisão preventiva é medida que se impõe.
>
> Analisando a folha de antecedentes penais do investigado, em que pese não tenha outras passagens, *mostrou-se extremamente negativa a sua conduta, consistente em instigar terceira pessoa à prática de crime, tendo conhecimento sobre a inimizade pretérita entre a vítima e o atirador, o que demonstra que tal conduta poderá ser reiterada em futuro próximo.*
>
> Assim sendo, se mostra premente a necessidade de se resguardar a garantia da ordem pública, devendo-se sempre observar que a garantia da ordem pública em nada tem a ver com a reincidência penal, tanto que a redação da Súmula n. 444 do STJ tem aplicação apenas no caso de individualização da pena, momento processual esse diverso do presente, razão pela qual o fato de o investigado ser primário e possuidor de bons antecedentes não se mostra como impeditivo absoluto para a decretação da prisão preventiva.
>
> Dessa forma, torna-se patente que a custódia preventiva tem pleno cabimento no caso, pois é necessária para garantia da ordem pública, sendo que a colocação do investigado em liberdade colocaria em xeque a própria credibilidade da justiça, mostrando-se, portanto, inadequada a aplicação das medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP. (fls. 153 e 154).

Inconformada, a defesa ingressou com remédio constitucional perante o Tribunal de origem, que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau e que não havia excesso de prazo, denegou a ordem, nos seguintes termos:

Ao contrário do que sustentado em vertente inicial, vê-se que o crime, em tese, imputado ao paciente é de gravidade inconteste, ainda que considerada a causa de diminuição de pena decorrente da forma tentada e de ter sido descrito na denúncia a modalidade simples do delito (art. 121, *caput*, CP).

Afastando-se de qualquer análise meritória, então vedada nesta via estreita, vê-se que ao paciente é imputada a prática de crime de homicídio tentado, cometido em concurso de agentes, com utilização de arma de fogo, em via pública e em horário de pleno trânsito de pessoas (09 horas e 30 minutos), circunstâncias que, indubitavelmente, retratam gravidade compatível com a prisão preventiva, então imposta em resguardo à ordem pública.

Ademais, o fato de a denúncia ter tipificado os fatos como homicídio simples tentado não implica, necessariamente, no reconhecimento e vinculação a esta figura típica, pois após a instrução processual é que se verificará a pertinência desse enquadramento legal.

Essa temática não passou despercebida pela autoridade judiciária de primeiro grau de jurisdição, que, ao receber formalmente a peça acusatória (fls. 159-160) ponderou que, "embora os acusados tenham sido denunciados pelo caput *do art. 121 do Código Penal, consta no indiciamento imputação referente às qualificadoras previstas no § 2º, incisos I e IV, do art. 121 do Código Penal, as quais serão novamente apuradas durante o sumário da culpa".*

Em outra vertente, a impetração alega que a denúncia não minudenciou a suposta maneira com que o paciente teria instigado o codenunciado a desferir disparos de arma de fogo contra a vítima, fato que não merece prosperar, pois a própria impetração narra que o paciente, voluntariamente, foi até a casa de Pablo (suposto atirador) e o conduziu até a vítima, dando-lhe fuga após os fatos.

Repise-se que o paciente era sabedor de entrevero recente entre a vítima e o executor direto, pois tinha conhecimento que a aquela (vítima), dias antes, teria atentado contra a vida do codenunciado, também com a utilização de arma de fogo, fato que, inclusive, fez com que o paciente não atendesse ao chamado da vítima e fosse prontamente buscar o codenunciado Pablo para retornarem ao local dos fatos.

Saliente-se, pois, que uma análise mais densa a respeito da temática conduziria a uma apreciação prematura da própria matéria meritória, o que é peremptoriamente vedado nesta via estreita do *habeas corpus*.

A mesma ponderação deve ser alavancada quanto à alegação de que o paciente não tinha conhecimento do intento homicida de Pablo (executor direto), pois tal afirmação é flagrantemente de cunho meritório e, portanto, deverá ser discutida durante a instrução probatória, quando então o paciente terá ampla oportunidade de se defender e produzir provas.

Observa-se, então, que a r. decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva está fundamentada na necessidade de *resguardar a*

> *ordem pública*, tendo em vista que o paciente instigou e auxiliou eficazmente o codenunciado a praticar, em tese, o fato criminoso contra a vítima, pessoa esta que detinha rusga conhecida com o executor dos disparos de arma de fogo (Pablo).
>
> Ademais, como dito alhures, não são marginais as circunstâncias em que os fatos foram cometidos, vale dizer, com o emprego de arma fogo, em via pública e à luz do dia (09 horas e 30 minutos), fatos reveladores de *gravidade concreta insofismável*.
>
> [...]
>
> Registre-se, também, que não é o caso de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois diante da necessidade da manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, exclui-se a possibilidade de substituição pelas medidas cautelares ante a evidente incompatibilidade, no caso em apreciação, entre os institutos.
>
> Se a ordem pública está ameaçada com a soltura do paciente, não é razoável a substituição por medida cautelar alternativa. Ainda que assim não fosse, no caso concreto as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal se revelam insuficientes e inadequadas ao caso em razão da gravidade do suposto crime.
>
> *Por fim, bom que se diga que o processo encontra-se em regular tramitação, com obediência aos prazos processuais, pois o paciente já foi citado e apresentou a sua resposta à acusação.*
>
> Portanto, por ora, justifica-se o encarceramento do paciente pelo menos em nome da *garantia da ordem pública*, conforme dogmática do art. 312 do Código de Processo Penal. (fls. 34 a 40)

Do andamento processual obtido junto à página eletrônica do TJDFT viu-se que houve aditamento à denúncia, para incluir as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do art. 121 do CP.

Inicialmente, necessário destacar que, para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes.

Ademais, a análise acerca da tese veiculada na inicial de que o paciente não teria conhecimento da intenção homicida do corréu ao conduzi-lo até a presença da vítima, é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas, consoante reiteradas decisões deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos fundamentos para a segregação antecipada, verifica-se que a custódia foi justificada especialmente para a *garantia da ordem pública, em razão da gravidade do delito do qual é acusado o paciente*.

Segundo narra a denúncia, no dia dos fatos o paciente passava em sua motocicleta quando avistou a vítima, *Leonardo Carlos Mendes Dante*, e, tendo conhecimento da existência de desavenças graves entre este e o corréu *Pablo da Silva Cardoso*, já que a tese da defesa é que o ofendido, na semana anterior, teria efetuado disparos de arma de fogo contra *Pablo*, foi buscá-lo, tendo ambos retornado ao local onde estava a vítima, oportunidade em que *Pablo*, que estava na garupa, sacou da arma de fogo que portava e efetuou disparos contra *Leonardo*, que somente não faleceu porque recebeu eficiente tratamento médico, ou seja, por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Nesse contexto, *presentes os requisitos da cautelaridade*, pois as circunstâncias em que cometido o delito autorizam a conclusão pela necessidade de se acautelar a ordem pública, já que, ao que consta, o paciente, sabedor das desavenças entre o corréu e a vítima, ao avistá-la, buscou-o e o levou ao encontro do ofendido, sendo acusado de ter contribuído para o delito ao conduzir o codenunciado à presença da vítima, bem como por tê-lo auxiliado materialmente, já que teria dado fuga ao executor após os fatos, *mas, diante desses mesmos fatos, não se justifica a prisão cautelar, última medida a ser ordenada pelo magistrado para assegurar o processo e a ordem pública e social, após a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011*.

Com efeito, referida lei, em seu art. 282, § 6º, dispõe que: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)", devendo a preventiva ser decretada somente em último caso, quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente, *no caso primário, sem registro de qualquer outro envolvimento criminal, com 21 anos à data dos fatos, residência fixa e profissão definida, não se podendo olvidar, ademais, que a vítima registra em seu desfavor um inquérito policial em que é investigado por infração ao art. 157, § 2º, II, e art. 244 B, na forma do art. 69, todos do CP (fls. 124)*.

A propósito é a lição de EUGENIO PACELLI OLIVEIRA e DOUGLAS FISCHER, em comentários ao art. 282 do CPP:

> A nova legislação que, no ponto, se alinha ao modelo português e ao italiano, prevê diversas medidas cautelares diversas da prisão, reservando a esta última um papel, não só secundário, mas condicionado à indispensabilidade da medida,

> em dupla perspectiva, a saber, (a) a proporcionalidade e adequação, a serem aferidas segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do fato (meios e modo de execução), e, ainda as condições pessoais do agente; e (b) a necessidade, a ser buscada em relação ao grau de risco à instrumentalidade (conveniência da investigação ou da instrução) do processo ou à garantia da ordem pública e/ou econômica, a partir de fatos e circunstâncias concretas que possam justificar a segregação provisória.
>
> (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012, p. 541)

O art. 319 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 12.403/2011, traz um rol de medidas cautelares diversas da prisão que podem ser aplicadas pelo magistrado em substituição à prisão, *sempre observado o binômio proporcionalidade e adequação*, tais como comparecimento periódico em Juízo, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, monitoração eletrônica, etc.

Nesse contexto, apresentando-se tais medidas como mais favoráveis em relação à decretação da prisão antecipada e verificando-se ainda que, *diante das particularidades do caso concreto*, já que embora o paciente esteja sendo acusado da prática de homicídio qualificado, o delito foi tentado, e diante das circunstâncias em que se deram os fatos criminosos denunciados em contraposição às teses levantadas pela defesa, especialmente a referente à de menor participação, mostra-se necessária, adequada e suficiente a imposição das medidas alternativas à segregação previstas nos incisos I, III, IV e V, do art. 319 do CPP, para garantir-se a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, destacando-se que a referente ao inciso III é necessária para que o paciente mantenha a devida distância da vítima, a qual, por circunstâncias alheias às vontades dos agentes, acabou não vindo a óbito, *devendo o Juízo singular estipular a referida distância mínima, bem como os lugares que o paciente não poderá acessar ou frequentar, a fim de evitar a reiteração delitiva.*

No que tange ao relaxamento da prisão do acusado, por indevido excesso de prazo na conclusão da instrução processual, sorte não lhe assiste.

Com efeito, como tem orientado a doutrina e decidido esta Corte Superior, os prazos indicados na legislação pátria para a finalização dos atos processuais servem apenas como parâmetro geral, não se podendo deduzir o excesso tão somente pela soma aritmética dos mesmos, admitindo-se, em homenagem ao princípio da razoabilidade, certa variação, de acordo com as peculiaridades de cada caso, devendo o constrangimento ser reconhecido como ilegal somente quando o retardo ou a delonga sejam injustificados e possam ser atribuídos ao Judiciário.

Como visto, ao denegar o *habeas corpus*, a Corte originária afastou a alegação de excesso de prazo, destacando que:

> Por fim, bom que se diga que o processo encontra-se em regular tramitação, com obediência aos prazos processuais, pois o paciente já foi citado e apresentou a sua resposta à acusação. (fls. 40)

Pela documentação que instrui o presente *habeas corpus* e de acordo com consulta processual efetuada junto à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, constata-se que a prisão em flagrante do paciente se deu em 2.9.2012, sendo convertida em preventiva em 4.9.2012; a denúncia foi recebida em 18.9.2012 e seu aditamento, incluindo as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do art. 121 do CP, em 29.11.2012 (peça que não foi juntada aos presentes autos), oportunidade em que abriu-se vista à defesa do paciente para ratificar ou complementar a resposta à acusação já apresentada, determinando-se ainda a citação via edital do corréu *Pablo*, nos termos do art. 361 do CPP.

Na sequência, por decisão datada de 19.2.2013, foi ratificado o recebimento da denúncia e seu aditamento, e, como houve o transcurso do prazo da citação editalícia de *Pablo* sem qualquer manifestação, foram os autos ao Ministério Público Federal, para manifestação sobre esse fato.

Após, abriu-se vista ao advogado constituído de *Pablo* para que apresentasse resposta à acusação e, tendo em vista a renúncia do patrono de *Thomas*, ordenou-se a sua intimação para que, no prazo de 10 dias, constituísse novo advogado ou informasse a impossibilidade de o fazer, nomeando já naquele momento, advogado dativo para doravante patrocinar a sua defesa, isso em decisão datada de 12.4.2013.

Certificado que transcorreu *in albis* o prazo para a defesa de *Pablo* apresentar resposta, em 30.4.2013 foi-lhe nomeado advogado dativo para que

apresentasse a defesa preliminar, devidamente ofertada e juntada aos autos em 2.5.2013.

Dessa forma, verifica-se que o feito tem tido regular e pronto andamento, não havendo notícias de que esteja ocorrendo morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia na prestação jurisdicional.

Assim, não se constata a sustentada coação, pois o tempo despendido no desenrolar do feito não advém de negligência do Estado-Juiz para com seus cidadãos, especialmente em se considerando que se trata de ação penal envolvendo dois réus, peculiaridade que exige que se utilize maior tempo para a solução do processo criminal.

Não cabe, portanto, falar em coação advinda de excesso de prazo na instrução, vez que o alongamento se justifica com base nas particularidades do processo, mostrando-se inviável a soltura do paciente sob este fundamento.

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Recente orientação do Supremo Tribunal Federal. Crime contra o patrimônio. Roubo circunstanciado. Alegação de constrangimento ilegal. Pleito pela revogação da prisão preventiva. Excesso de prazo. Inocorrência. Precedentes.
>
> 1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei n. 8.038/1990, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
>
> 2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.
>
> *3. Improcede a alegação de delonga excessiva para o encerramento da instrução criminal, quando a eventual demora, foi ocasionada pela quantidade de acusados e complexidade do feito como motivos determinantes do atraso na instrução, estando demonstrado que o curso processual, dentro do possível, segue sua normalidade, restando plausível, no momento, o não reconhecimento da ilegalidade aduzida.*
>
> 4. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível, com a determinação que o Juízo processante implemente celeridade ao julgamento da ação penal.

(HC n. 257.714-RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Quinta Turma, julgado em 12.3.2013, DJe 15.3.2013)

[...]

I - Evidenciado que o feito na origem apresenta andamento regular, não há se falar em excesso de prazo na formação da culpa.

II - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

[...]

IV - Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(HC n. 229.298-MS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26.6.2012, DJe 1º.8.2012)

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso ordinário para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante a imposição das medidas alternativas previstas no art. 319, I, II, IV e V do Código de Processo Penal, *devendo o Juízo singular estipular a distância mínima que o paciente deverá manter da vítima, bem como os lugares que não poderá acessar ou frequentar, a fim de evitar a reiteração delitiva.*

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 268.302-SP (2013/0104934-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz
Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Givaldo Cruz da Silva (preso)
Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Roubo circunstanciado. Dosimetria da pena. Concurso de pessoas e emprego de arma. Aumento de 1/2 (metade) na terceira fase da aplicação da pena. Exasperação desacompanhada de fundamentação concreta. Constrangimento ilegal evidenciado. Incidência da Súmula n. 443-STJ. Pena-base fixada no mínimo legal. Réu primário. Fixação de regime mais gravoso com base em causas de aumento de pena e na gravidade abstrata do delito. Inviabilidade. Súmula n. 440-STJ. Regime semiaberto reconhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida.

1. Paciente condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pelo cometimento de roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal).

2. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie.

3. Ao contrário do que afirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fundamentação utilizada pelo Juízo singular para exasperar o aumento em razão do concurso de agentes e do emprego de arma não satisfaz, nem de longe, as exigências da Súmula n. 443-STJ. Esta exige, explicitamente, que os argumentos lançados pelo julgador tenham como substrato os dados empíricos extraíveis do caso concreto, e não devaneios abstratos de como o uso de arma ou a união de esforços criminosos torna o roubo mais "eficiente". Disso o legislador já sabia, tanto que previu o aumento geral e abstrato em questão.

4. O art. 33, § 3º, do Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, § 2º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Código. Sob o ponto de vista legal – e não

sob o ponto de vista do que "deveria ser", *de lege ferenda* –, é por meio das circunstâncias judiciais que se chega, verdadeiramente, à "gravidade concreta do delito", e não por meio de aumentos de pena abstratamente valorados pelo legislador, aplicáveis a todos os casos que se subsumam *tout court* à previsão legal, como acontece com o emprego de arma ou o concurso de agentes.

5. Se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade inerente ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário, o Código Penal manda que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo *quantum* da pena aplicada (art. 33, § 2º). Entendimento das Súmulas n. 440-STJ e n. 718/719-STF.

6. Ordem de *habeas corpus* concedida, para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, e fixar o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 25 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 1º.8.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus* originário, com pedido liminar, impetrado em favor de *Givaldo Cruz da Silva* em face de

acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0037970-64.2012.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e no art. 14, da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal. Quanto ao primeiro crime, narra a denúncia que o Paciente, em concurso de agentes, e mediante emprego de arma de fogo, teria subtraído para si a quantia de R$ 117,00 (cento e dezessete reais) e um veículo Soul, marca Kia, de propriedade da vítima. Quanto ao segundo delito, consta que o Paciente, poucas horas depois, teria portado um revólver calibre 38, de uso permitido, municiada com 01 (um) cartucho picotado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após regular instrução, o Paciente, em primeira instância, foi absolvido da prática do crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, e condenado à pena de ***06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa***, pelo cometimento de roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal).

Em grau de apelação, o Tribunal de origem desproveu o recurso defensivo, em Acórdão assim ementado:

> *Roubo. Absolvição. Inadmissibilidade*. Prova boa e robusta a lastrear a condenação.
>
> *Palavra da vítima* - "em crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima é de fundamental importância para a identificação do autor, mesmo porque a execução desses delitos sempre se dá de forma favorável ao agente ativo, que se traduz na vulnerabilidade da vítima e ausência de testemunhas" (TACRIM-SP - 7ªGr. Cs. Rev. - Rel. Oldemar Azevedo - j. 25.6.1996 - RJTACRIM 31/409).
>
> *Penas - Devidamente fixadas*. Majorantes fundamentadas em consonância com o disposto na Súmula n. 443 do STJ.
>
> *Regime fechado. Adequado*. O regime de pena fixado na sentença merece ser mantido, pois é o mais adequado para o caso concreto, e isto porque a conduta do réu de investir contra o patrimônio alheio com emprego de violência real contra pessoa enseja especial censurabilidade pelos efeitos nefastos que tal conduta gerou na paz social e na paz do ofendido e de quem lhe é próximo (fl. 25).

No presente *writ*, a Impetrante alega, em suma, ofensa à Súmula n. 443 desta Corte Superior, dado que "o aumento de 1/2 (metade) [em razão das majorantes de emprego de arma de fogo e concurso de agentes] não foi

devidamente justificado pelas circunstâncias peculiares do caso concreto, considerando a D. Autoridade Coatora somente o número de causas de aumento" (fl. 4-5). Sustenta, ainda, violação das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal, e n. 440 desta Corte Superior, pois a fixação de regime mais gravoso do que o legalmente permitido teria ocorrido com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, em razão disso, liminarmente e no mérito, a imediata redução da pena e a colocação do paciente em regime menos gravoso, adequado à quantidade de pena aplicada.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 35-36.

As informações do Tribunal de origem foram juntadas às fls. 45-67.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da ordem (fls. 71-78).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Conforme relatado, o Paciente foi condenado em primeira instância à pena de ***06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa***, pelo cometimento de roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal).

Como se questiona, neste *writ*, a dosimetria da pena, é de rigor transcrever o trecho correspondente da sentença condenatória:

> [...] O réu ostenta antecedentes criminais mas é ***primário***. Passo a dosimetria da pena. Atendendo as circunstâncias, as consequências do delito, que vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente, aliás, não tem segurança sequer para permanecer em seu trabalho, em plena luz do dia, diante do trauma e prejuízo sofrido, a audácia demonstrada; não poupando violência nem mesmo a nível patrimonial, ausência de qualquer timidez ou medo de repressão policial, o dolo, bem como os demais elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a ***pena base*** em ***04 (quatro) anos de reclusão*** e 10 (dez) dias-multa [...].
>
> Deixo de atenuar pela confissão porque a reprimenda está fixada em seu patamar mínimo.

> Agora, diante das duas qualificadoras, aumento-a em 1/2 (metade) uso de arma e coautoria, indicando a reprimenda em 06 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Cabe indicar que a pena exige majoração superior do mínimo, sob pena de indevido estímulo à criminalidade mais perigosa e eficiente (roubo em concurso de agentes e a mão armada), caso a reprimenda fosse menor. Interpretação em outro sentido estimularia, sem devida (*sic*), a prática de roubos a mão armada e com co-autor, onde o sucesso da empreitada criminosa estaria mais garantido, bem como porque a pena, estando o agente sozinho e armado, seria a mesma, não tendo ele nada a perder ao se associar a outros roubadores, mas só a ganhar com a perspectiva de impunidade, pela maior possibilidade de consumação ocorrente na espécie. [...]
>
> O acusado deverá cumprir sua pena, inicialmente, em ***regime fechado***, haja vista a personalidade desviada dele e a periculosidade demonstrada pelas provas colhidas nos autos, o que vem a patentear a falta de condição de conviver em sociedade. Ao contrário do mencionado pela douta defesa, não se vê, em princípio, que a brandura no regime prisional se proporcione como satisfação suficiente à reprovação do crime de roubo, sendo que os Tribunais superiores vêm entendendo que o regime fechado é o mais adequado e o mais consentâneo com a gravidade do crime de roubo, no caso com uso de arma de fogo, co-autoria, além de responder uma questão resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta [...] (fls. 21-23 - grifei.).

O acórdão impugnado limitou-se a manter a sentença, exarando a seguinte fundamentação:

> As penas foram criteriosamente fixadas não comportando, assim, qualquer reparo.
>
> Há a considerar, também, que, ao contrário do que sustentou a defesa, a MM. Juíza, ao majorar as penas, fundamentou corretamente, em consonância com a Súmula n. 443 do STJ.
>
> O regime de pena fixado na sentença merece ser mantido, pois é o mais adequado para o caso concreto, e isto porque a conduta do réu de investir contra o patrimônio alheio com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, enseja especial censurabilidade pelos efeitos nefastos que tal conduta gerou na paz social e na paz do ofendido e de quem lhe é próximo.
>
> O roubo praticado pelo apelante se reveste de especial gravidade e censurabilidade por ter sido praticado com arma de fogo e em concurso de pessoas, pois traduz a periculosidade do agente e a subversão da segurança da vítima, direito fundamental da pessoa.
>
> Ao praticar o roubo em tela, o apelante ensejou enormes malefícios à Sociedade que se viu desorganizada, desassossegada e impotente para lidar com tal sorte de transgressão à normalidade e à lei.

> Não bastasse isto, ao investir contra o patrimônio alheio o apelante demonstrou seu desprezo pelas regras sociais básicas e seu desprezo pelo semelhante, além de demonstrar sua opção pelo lucro fácil, divorciado de qualquer senso de moral, sobrepondo o patrimônio ao homem, o ter ao ser.
>
> O grave crime praticado pelo apelante também está a exigir do Estado medida que, durante seu período de correção, reeducação, reintegração, e ressocialização, o impeçam de tornar a delinquir, e o neutralize, fazendo com que deixe de prejudicar outras pessoas inocentes e de colocar em risco a sociedade [...] (fls. 29-30).

Breve leitura das decisões supratranscritas revela que o Impetrante está coberto de razão quando se insurge contra o aumento de 1/2 (metade) na terceira fase da aplicação da pena e contra o regime prisional imposto ao Paciente.

Cumpre ressaltar que a presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não foi realizado na espécie.

O referido entendimento, a propósito, restou consolidado no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

> O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Ao contrário do que afirmou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fundamentação utilizada pelo Juízo singular para exasperar o aumento em razão do concurso de agentes e do emprego de arma não satisfaz, *nem de longe*, as exigências da Súmula n. 443-STJ. Esta exige, explicitamente, que os argumentos lançados pelo julgador tenham como substrato os dados empíricos extraíveis do *caso concreto*, e não devaneios abstratos de como a o uso de arma ou a união de esforços criminosos torna o roubo mais eficiente. Disso o legislador já sabia, tanto que previu o aumento geral e abstrato em questão. Bastaria, para elevar ligeiramente a pena do Paciente, alegar que houve, *in casu*, concurso de três pessoas, e não de duas. Mas isso não foi feito, e não é este o momento adequado para tanto.

Sendo assim, considerando que a pena-base e a pena-provisória não ultrapassaram o mínimo legal, o acréscimo de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria, como consequência do emprego de arma e do concurso de pessoas, resulta na ***pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa***, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Quanto ao regime prisional, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e a primariedade do réu ter sido reconhecida, o Tribunal de origem limitou-se a tergiversar sobre os malefícios que o roubo praticado em concurso de pessoas e com emprego de arma traz à sociedade como um todo. Todavia, duas conclusões são inafastáveis. Primeiro, que referidos malefícios já foram assentados pelo legislador quando, discricionariamente, elevou esses fatos (concurso de agentes e emprego de arma) à categoria de causas de aumento de pena. E segundo, que, na normativa vigente, as causas de aumento são fundamentos manifestamente inidôneos para a apreciação do regime prisional adequado ao caso concreto.

Com efeito, quanto a este último ponto, o art. 33, § 3º, do Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, § 2º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem partir das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Código. Sob o ponto de vista legal – e não sob o ponto de vista do que "deveria ser", *de lege ferenda* –, é por meio das circunstâncias judiciais que se chega, verdadeiramente, à "gravidade *concreta* do delito", e não por meio de aumentos de pena *abstratamente* valorados pelo legislador, aplicáveis a todos os casos que se subsumam *tout court* à previsão legal, como acontece com o emprego de arma ou o concurso de agentes. Se na primeira fase da dosimetria da pena entende-se que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis e aplica-se a pena-base no mínimo permitido, isso significa que o crime em nada transcende a gravidade inerente ao tipo penal. E se, agregado a isso, o réu é primário, o Código Penal manda que o regime inicial seja regulado exclusivamente pelo *quantum* da pena aplicada (art. 33, § 2º).

Daí os enunciados das seguintes súmulas:

> Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula n. 440-STJ).

> A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula n. 718-STF).
>
> A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. (Súmula n. 719-STF)

Guiando-se pela pena de 05 anos e 04 meses de reclusão aplicada, torna-se imperiosa a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Ante o exposto, *concedo a ordem* de *habeas corpus*, para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente a ***05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, e fixar o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena***.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 29.775-PI (2011/0033701-9)

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze
Recorrente: Jaime de Brito Nascimento
Recorrente: Alciomar Lima Medeiros
Recorrente: Gilmar Pires de Abreu
Advogada: Elisabeth Maria Memória Aguiar - Defensora Pública e outros
Recorrido: Ministério Público do Estado do Piauí

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Crime de tortura. Competência da Justiça Comum. Existência de ação penal anterior na Justiça Militar pelos mesmos fatos, embora capitulados como lesão corporal. Juízo absolutamente incompetente. Coisa julgada que impede a instauração de processo criminal na justiça competente. Constrangimento ilegal evidenciado. Recurso provido.

1. A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado *bis in idem* como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir. Ademais, ao se sopesar a garantia do juiz natural e o princípio do *ne bis in idem*, deve preponderar esse último em razão da prevalência, no que concerne a persecução penal, da dignidade da pessoa humana - axioma centro do ordenamento jurídico-constitucional - sobre o *ius puniendi* estatal.

2. Assim, imperioso que se impeça, na hipótese, o prosseguimento de ação penal que visa a apuração e responsabilização de realidade fática já submetida ao crivo do Poder Judiciário, embora haja diferenciação quanto à capitulação jurídica - lesão corporal e tortura -, afinal, os recorrentes cumpriram devidamente as exigências impostas quando da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, tanto que a punibilidade foi extinta e a ação penal arquivada, o que equivale a dizer que já houve coisa julgada material, bem como retribuição estatal, ainda que advinda de Juízo incompetente, pelos fatos praticados em contrariedade ao ordenamento jurídico.

3. Recurso ordinário provido a fim de, por ausência de justa causa, extinguir a Ação Penal n. 1000096394, em trâmite perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Teresina-PI, devendo os recorrentes, se presos, serem colocados imediatamente em liberdade, salvo se estiverem custodiados por outro motivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

DJe 25.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Jaime de Brito Nascimento, Alciomar Lima de Medeiros e Gilmar Pires de Abreu contra acórdão do Tribunal de Justiça do Piauí, que denegou a ordem lá impetrada.

Consta dos autos que os recorrentes foram denunciados pela suposta prática do crime de tortura.

Na presente irresignação, sustentam os recorrentes, em síntese, a inépcia da peça acusatória, bem como ausência de justa causa para a persecução penal por falta de interesse de agir do Ministério Público, pois já teriam sido punidos perante a Justiça Militar pelos mesmos fatos objeto de denúncia na Justiça Comum, embora naquele juízo o delito imputado tivesse sido o de lesão corporal.

Buscam, assim, o trancamento da ação penal, com a consequente expedição de alvará de soltura.

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 184-187), opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): Passo à análise da alegação de ausência de justa causa por falta de interesse de agir do Ministério Público sob o fundamento de que os recorrentes já foram condenados perante a Justiça Militar pelos mesmos fatos objeto da ação penal em questão.

O acórdão impugnado consignou o seguinte (fls. 134-142):

> O primeiro argumento trazido pela impetrante para justificar o trancamento da ação penal a que respondem os pacientes pelo crime de tortura refere-se à inépcia da denúncia. Segundo a impetrante, a peça acusatória foi formulada de

forma genérica, de modo a impossibilitar a defesa dos réus. Noutros termos, alega violação ao principio da ampla defesa.

Leitura atenta dos autos, em especial da cópia da denúncia (fls. 13-14), permite-me verificar que, embora sucinta, a peça acusatória descreve com nitidez os fatos que envolvem os pacientes, ao contrário do que tenta demonstrar a impetrante.

Destaco, na espécie, que a Defensoria Pública, ao afirmar que a denúncia narra de forma genérica o crime, transcreveu trecho da referida peça acusatória, conforme se lê às fls. 03-04, destes autos. No entanto, o trecho transcrito pela Defensoria Pública não condiz com a realidade posta na denúncia, cuja cópia repousa às fls. 13-14.

Lamentavelmente a transcrição da denúncia realizada na inicial do presente *writ* contém importante omissão, sem a qual poder-se-ia entender que realmente a denúncia seria genérica. Contudo, a denúncia narra, embora bem sucintamente, de modo correto os fatos ocorridos, consoante se pode ler de seu verdadeiro teor:

> Segundo consta nos autos, por volta das 16:00 horas do dia 29 de Agosto do ano em curso o Sr Adilson José de Carvalho, ora vítima, encontrava-se no seu local de trabalho, a panificadora Maranhão, localizada na vila Irmã Dulce quando os ora denunciados chegaram abordando a ora vítima dando ordem de prisão e conduzindo-o à viatura policia. No entanto a ora vítima fora levada a um matagal onde sofrera várias pauladas no corpo todo, sendo torturado por uns vinte minutos. em razão de ser acusado de ter furtado a arma do denunciado Alciomar fato este infundado, já que a arma referida se encontrava com o vigia daquela panificadora e o mesmo dissera categoricamente que não fora o Sr Adilson José o responsável pelo furto.

Não vislumbro prejuízo - para a defesa dos pacientes - violação ao princípio da ampla defesa - porquanto a peça acusatória descreve de modo suficiente a conduta supostamente praticada pelos pacientes. Sobre a questão, cito precedente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

(...)

A reforçar meu entendimento, cito outro precedente do STF, desta feita emanado de sua Segunda Turma, para quem "só se admite trancamento de ação penal, na via de *habeas corpus*, diante da patente atipicidade do comportamento, inocência do acusado, ou incidência de causa extintiva de punibilidade".

Portanto, não é inepta denúncia que descreve satisfatoriamente fatos que em tese tipificam crime, Possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Acrescento também que nos casos em que o delito é praticado em concurso não se afigura necessária na peça acusatória a individualização das condutas de todos os denunciados.

(...)

O outro argumento em que se fundamenta o presente *habeas corpus* diz respeito a ausência de justa causa, por falta de interesse de agir do Ministério Público, em razão da existência de coisa julgada.

Diz a impetrante que a ação penal em tramite junto à 1 a Vara Criminal de Teresina, instaurada em razão do suposto crime de tortura, não pode ter prosseguimento, pois já teriam os pacientes sido processados e condenados pelos mesmos fatos de que trata a aludida denúncia em outro processo que tramitou perante a Justiça Militar.

Em resumo, a impetrante sustenta que não há interesse jurídico do Ministério Público em ver os pacientes processados, quando de fato já foram condenados em outro processo junto à Auditoria Militar, este lastreado nos mesmos fatos.

O caso em análise pose ser colocado nos seguintes termos: os pacientes foram denunciados duas vezes: a) a primeira pela prática, em tese, do crime de tortura, processo que tramita na Primeira Vara Criminal (Processo n. 1000096394), o qual pretende a impetrante trancar a ação penal; b) a segunda denúncia (cópia de fls. 67-73) oferecida ao juiz auditor da Justiça Militar do Piauí, da qual resultou a condenação dos pacientes por lesão corporal leve, conforme prova a sentença de fls. 76-86.

O que a impetrante pretende, em última análise, é fazer valer a tese de que a condenação imposta aos pacientes na Justiça Militar, porque lastreada nos mesmos fatos que amparam a denúncia pelo crime de tortura, este relativo a ação penal em curso na 1ª Vara Criminal de Teresina, já configuraria coisa julgada, apta a impedir o trâmite deste processo.

Com efeito, o ato atacado da autoridade indicada como coatora foi a decisão que refutou a aludida tese da defesa e deu continuidade ao processo em trâmite na 1ª Vara Criminal, pois entende o magistrado haver independência entre as Justiças Especial Militar e a Comum, aquela responsável pelos crimes de natureza eminentemente militares, e esta competente para apuração dos crimes comuns, inclusive o de tortura.

O argumento da impetrante parte do suposto de que o processo em trâmite junto à 1ª Vara Criminal de Teresina implicaria *bis in idem* a prejudicar os pacientes, vez que em seu favor haveria formação de coisa julgada material, pois já teriam sido condenados pela Justiça Militar.

A questão aqui é delicada e, na verdade, revela verdadeiro canal para tentativa de impunidade.

É bem verdade que a mesma conduta não pode ser imputada duas vezes ao mesmo reu. O fato das Justiças Comum e Militar serem independentes não autoriza que a mesma conduta, apesar de tipificado em codificação distinta, seja processada e julgada em ambas as jurisdições.

Na hipótese de concurso de crimes militares com crimes comuns, se permite que cada um deles seja julgado perante a justiça competente, castrense ou

comum, respectivamente. Isso porque, nos termos do art. 79, inciso 1, do Código de Processo Penal e art. 102, alínea **a** do Código de Processo Penal Militar, não há unidade de processamento e julgamento no concurso entre jurisdição comum e militar.

Corroborando este entendimento, dispõe a Súmula n. 90 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, a Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele".

No caso dos autos não há como reconhecer o concurso de crimes, militar e comum. O fato narrado na denúncia descreve o crime de tortura (crime-fim) que, por se tratar de delito mais grave e abrangente, absolve as lesões corporais sofridas pela vitima (crime-meio).

Trata-se da aplicação do princípio da consunção, ou seja, quando a intenção criminosa é alcançada pelo cometimento de mais de um tipo penal, deve o agente ser punido por apenas um delito (crime mais abrangente) em detrimento dos outros (menos abrangentes), por questões de política criminal.

O Neste caso, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a tortura praticada por militar contra civil é crime comum, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar.' No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "compete à Justiça Comum o processo e julgamento de policial militar acusado da prática de crime de tortura".

Tratando-se de crime de tortura, da competência da Justiça Comum, não há como a sentença proferida pela Justiça Militar, repita-se, absolutamente incompetente, impedir o exercício da jurisdição por aquela justiça.

O Afasto o argumento de existência de coisa julgada material, pois a sentença proferida pela Auditoria Militar do Piauí, aqui utilizada como título que seria capaz de obstar o processo por tortura junto à 1ª Vara Criminal de Teresina, foi na verdade proferida por juiz absolutamente incompetente, o que revela sua nulidade e imprestabilidade para qualquer fim.

Não há que se falar em *bis in idem*, notadamente porque o julgado da Auditoria Militar, repita-se, foi proferido por autoridade judicial absolutamente incompetente, fato que, por si só, implica em nulidade absoluta, por violação manifesta ao princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da CF).

Malgrada a existência de jurisprudência no STJ no sentido de que a decisão proferida por juízo incompetente limitaria o exercício da jurisdição pelo juiz natural (*reformatio in pejus* indireta) e, até mesmo, faria coisa julgada, não me parece ser o melhor entendimento.

Não vejo como uma sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, que de acordo com a doutrina é inexistente ou, para alguns, nula de pleno direito,

possa impedir ou vincular a prestação jurisdicional, desta feita pelo juiz natural e competente para conhecer da causa previamente instaurada.

Tenho dificuldade em aceitar que uma absolvição ou, como no presente caso, uma branda condenação proferida por magistrado absolutamente incompetente tenha a aptidão de fazer coisa julgada e impedir a persecução penal já instaurada pela autoridade a quem o ordenamento jurídico atribuiu tal mister.

Não se pode legitimar decisões proferidas por juízos incompetentes sob o pretexto de que estariam acobertadas pela coisa julgada. Mais que convalidar uma nulidade absoluta ou emprestar efeito jurídico a ato inexistente, dependendo da corrente a que se filie, aceitar Q como válida e imodificável a decisão proferida por justiça incompetência seria legitimar a impunidade e a imoralidade, contrariando todo um sistema jurídico.

Mesmo que timidamente, o Superior Tribunal de Justiça tem negado eficácia, qualquer que seja, a decisões prolatadas por juízes absolutamente incompetentes:

> Impossível reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal em face da pena aplicada em concreto por sentença anulada por incompetência absoluta do Juízo. Diante o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da Constituição Federal) as decisões prolatadas por Juízo incompetente são inexistentes.

E mais, a Corte Superior tem reconhecido que estas decisões não podem limitar a atividade jurisdicional do magistrado verdadeiramente competente, *in verbis*:

> Penal. Processual. Condenação anulada por incompetência absoluta do juízo. Nova condenação. *Reforatio in pejus Habeas corpus*.
>
> 1. Anulada a sentença em razão de incompetência absoluta do Juízo processante, a ela não se vincula a prestação jurisdicional. *Reformatio in pejus* que não se reconhece.
>
> 2. *Habeas Corpus* conhecido; pedido indeferido.

Noutro julgado, recentemente o STJ entendeu que o inquérito arquivado por por justiça absolutamente incompetente não impede o prosseguimento da persecução penal:

> Processual Penal. *Habeas corpus* tortura. Inépcia da denúncia não configurada. Crime comum competência. Inocorrencia de ofensa àcoisa julgada.
>
> IV - O crime de tortura é crime comum, sem corres pondência no Código Penal Militar Portanto, não cabe ser julgado perante a Justiça es12ecializada, mas sim na Justiça Comum (Precedentes desta Corte e do Pretó rio Excelso).

> V - De igual modo, tratando-se de crime afeto à competência da Justiça Comum, não cabe à Justiça Militar determinar o arquivamento de inquérito em que se apura a -prática de crime de tortura (Precedente).
>
> Ordem denegada.

> Em seu voto, após asseverar a competência da Justiça Comum para processar e julgar o crime de tortura, independentemente de ter sido ele cometido por policial militar ou não, o Ministro Felix Fischer, ponderou: "Por conseguinte, por maior razão, revela-se destituída de qualquer plausibilidade jurídica a alegação de que os fatos tratados na ação penal já teriam sido alvo de arquivamento no âmbito da Justiça Castrense, pois a Justiça especializada somente está autorizada a determinar o arquivamento de fatos que se inserem dentro de sua competência".
>
> E conclui: "Dessarte, se não compete à Justiça Militar julgar a prática de crime de tortura, igualmente, não poderá arquivar procedimento investigatório preliminar gerando, assim, óbice à propositura da ação penal em virtude da existência da coisa julgada".
>
> Partindo do mesmo raciocínio, entendo que sentença proferida por juízo absolutamente incompetente (Justiça Militar) não tem o condão de produzir coisa julgada para obstar a persecução penal pela autoridade judiciária verdadeiramente competente (Justiça Comum).
>
> Em virtude do exposto, em consonância com o parecer do Ministério Público, voto pela denegação da presente ordem de *Habeas Corpus*.
>
> Determino a remessa de cópia das informações do juiz (fls. 111-113) à Douta Corregedoria Geral de Justiça, para apurar a responsabilidade funcional pelo atraso de 08 (oito) anos no andamento do processo.

Como se vê, o Tribunal de origem reconhece que os fatos que ensejaram a denúncia, na Justiça Comum, pela prática do crime de tortura, são os mesmos que culminaram na instauração de processo pelo delito de lesão corporal no âmbito da Justiça Militar. Contudo, conclui, em suma, que "tratando-se de crime de tortura, da competência da Justiça Comum, não há como a sentença proferida pela Justiça Militar, repita-se, absolutamente incompetente, impedir o exercício da jurisdição por aquela justiça" (fl. 139).

Pois bem. Discordo totalmente da conclusão alcançada pela Corte Estadual. Partindo-se da premissa que os recorrentes já responderam criminalmente na Justiça Militar pelos fatos narrados na denúncia ofertada perante a Justiça Comum, não vejo como ignorar os efeitos produzidos por sentença judicial que, embora emanada de Juízo absolutamente incompetente, extinguiu a punibilidade após o devido cumprimento das condições estabelecidas na proposta de suspensão condicional do processo.

Encontramos jurisprudência que defende a impossibilidade de nova manifestação judicial sobre o mesmo fato na hipótese de o réu ter sido absolvido pelo Juízo incompetente, cujo acerto é inquestionável (HC n. 173.397-RS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11.4.2011). Mas, a meu ver, o caso dos autos exige, de forma mais veemente, que se impeça outra análise dos fatos, mesmo que, agora, pelo Juízo competente. Isso porque, consta dos autos que os recorrentes cumpriram devidamente as exigências impostas quando da concessão do benefício da suspensão condicional do processo, tanto que a punibilidade foi extinta e a ação penal arquivada em 17.10.2007 (fl. 104). Assim, equivale a dizer que houve retribuição estatal – ainda que em nada comparável com aquela advinda de uma condenação por tortura – pelos fatos praticados em contrariedade ao ordenamento jurídico.

Creio que aqui pouca ou nenhuma importância tem a discussão acerca da nulidade ou da inexistência de provimento emanado de órgão jurisdicional absolutamente incompetente. O que efetivamente importa é que a dignidade e a liberdade da pessoa humana prevaleçam "sobre o poder de punir, por isso impondo, no processo penal, a visão de que a segurança jurídica diretamente se vincula ao máximo respeito a direitos do réu, que não podem se ver sacrificados por eventuais incorreções produzidas pelo próprio Estado. É por esta razão que não pode o réu ter de nenhuma forma seu direito de liberdade reduzido, quando já tenha sido submetido a julgamento perante qualquer órgão jurisdicional, ainda que este atue no processo inadequada ou mesmo ilegitimamente" (Karam, Maria Lúcia. Competência no processo penal. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.)

Se na esfera penal o que transita em julgado é o fato tal como praticado, independentemente da imputação típica - tanto que o art. 384 do Código de Processo Penal permite o aditamento da denúncia para empregar nova capitulação jurídica aos fatos -, não há como se autorizar o prosseguimento de ação penal que visa a apuração e responsabilização de realidade fática já submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Conforme elucida Eugênio Pacelli de Oliveira, "o que passa em julgado é a realidade histórica (ocorrida), e não a realidade imputada ou descrita na acusação" (*Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 306.). Portanto, o exame recai sobre o fato naturalístico e não sobre a qualificação jurídica a ele atribuída.

Ademais, para poder se falar em exceção de coisa julgada deve ter havido imutabilidade material e não apenas formal da decisão. Há coisa julgada material

apenas quando o mérito da controvérsia se torna imutável. Caso contrário, tem-se apenas a coisa julgada formal, a qual não impede a inauguração de novo processo, desde que surjam fatos novos. Por exemplo, o arquivamento por falta de base para denúncia faz apenas coisa julgada formal, porquanto, diante do surgimento de novas provas, poderá ser desarquivado o inquérito, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal, não havendo se falar, nesse caso, em coisa julgada material.

Por oportuno, mostra-se pertinente a lição de Gustavo Badaró:

> *A coisa julgada pode ser formal ou material. Segundo Liebman, a coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença no processo em que foi proferida; a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos da sentença. A coisa julgada formal atinge qualquer sentença, terminativa ou de mérito. Já a coisa julgada material somente ocorre no caso de sentença de mérito, que produz efeitos sobre a relação material. A exceção de coisa julgada somente cabe em relação à coisa julgada material. Com a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes sobre os mesmos fatos. É o que se denomina eficácia negativa da coisa julgada.* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 231.)

Importante consignar, ainda, que os efeitos da coisa julgada devem incidir sobre toda a complexidade fática, independentemente do acerto ou erro da imputação apresentada pelo *Parquet*.

A propósito, confira-se o escólio de Eugênio Pacelli:

> *A coisa julgada abarcará o núcleo, bem como quaisquer que tenham sido, na realidade, as suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares. Fala-se aqui em núcleo central com a finalidade de identificar o elemento comum nas diversas definições jurídicas passíveis de incidência sobre o mesmo fato da realidade.* (Oliveira, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 655.)

E aqui, partindo-se da premissa inarredável de que a decisão que extinguiu a punibilidade pelo devido cumprimento das condições impostas na proposta de suspensão condicional do processo faz coisa julgada material, permitir a continuidade do processo penal perante a Justiça Comum é não só ir na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir como também referendar o vedado *bis in idem* que vem sendo ocasionado aos recorrentes. Ao sopesar, no caso, a incompetência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve preponderar esse último

em razão da prevalência, no que concerne a persecução penal, da dignidade da pessoa humana - axioma centro do ordenamento jurídico-constitucional - sobre o *ius puniendi* estatal.

Na hipótese, rever um provimento judicial definitivo, que fez coisa julgada material, é operar verdadeira revisão criminal *pro societate* não prevista no ordenamento jurídico. Portanto, a simples existência do segundo processo perante a Justiça Comum viola, a um só tempo, a coisa julgada e os princípios do *ne bis in idem* e da dignidade da pessoa humana.

Em casos análogos, guardadas as devidas particularidades, esta Corte assim decidiu:

> Direito Penal. *Habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de atipicidade do fato. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Persecução penal na Justiça Militar por fato analisado na Justiça Comum. Impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes. *Habeas corpus* concedido.
>
> 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, entre outras hipóteses, a atipicidade do fato.
>
> 2. A decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Comum, em virtude de promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico (precedentes). Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda.
>
> Precedentes.
>
> 4. Ordem concedida, acolhido o parecer ministerial, para trancar a Ação Penal n. 484-00.2008.921.0004, em trâmite perante a Auditoria Militar de Passo Fundo-RS. (HC n. 173.397-RS, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 11.4.2011)

> Coisa julgada penal. Policiais militares. Justiça Militar/Justiça Comum. Oferecimento de mais de uma denúncia. Impossibilidade.
>
> 1. Depreende-se dos autos que os pacientes responderam pelos mesmos acontecimentos, primeiramente, na Justiça Militar e, após, na Justiça comum, diferenciando-se as denúncias apenas no que concerne à capitulação (lesão corporal grave e tortura).

2. Ocorre, todavia, que, na Justiça Militar, foram os pacientes absolvidos. À vista disso, não é possível a abertura de segundo processo – dessa vez, na Justiça Comum – imputando aos agentes os mesmos fatos já exaustivamente analisados quando da prolação da sentença absolutória na Justiça Militar.

3. Se o órgão jurisdicional decidiu a questão, não mais se poderá instaurar nova persecução penal sob o mesmo fundamento, ou seja, sobre o mesmo fato.

4. Ordem concedida para se extinguir o processo instaurado na Justiça Comum. (HC n. 115.945-MG, Relator o Ministro Nilson Naves, DJe de 28.6.2010)

Habeas corpus. Direito Penal Militar. Constrangimento e lesões leves (arts. 222, § 2º, e 209, *caput*, ambos do CPM). Paciente que, pelos mesmos fatos, já cumpriu obrigação imposta em transação penal (prestação de serviços à comunidade), perante Juizado Especial Criminal, com extinção da punibilidade. Denúncia recebida pelo Juízo Militar. Alegação de incompetência absoluta da Justiça Comum. Princípio do *ne bis in idem*. Centralidade, em nosso ordenamento constitucional, dos direitos e garantias individuais. Parecer do MPF pela concessão da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar-RS.

1. A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente - ou, como se dá no caso, a homologação de transação penal proposta pelo *Parquet* -, embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. Assim, apesar de eivada de nula, a decisão do Juízo Especial Criminal tem como consequência a proibição da *reformatio in pejus*.

2. A coisa julgada material significa a imutabilidade do comando contido na sentença. Na seara penal, *a res judicata* sustenta-se sobre a necessidade de segurança que a ordem jurídica demanda.

3. Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional.

4. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal em curso na 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. (HC n. 90.472-RS, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 3.11.2009)

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Pedido de trancamento da ação penal. Arquivamento do feito. Reconhecimento de causa excludente de ilicitude. Decisão proferida por juízo absolutamente incompetente. Instauração de ação penal perante o juízo competente. Impossibilidade. Coisa julgada. Precedentes.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando

emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Precedentes do STJ.

2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude.

3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

4. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.

5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 200420500013, em trâmite na 5ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracajú-SE. (RHC n. 17.389-SE, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 7.4.2008)

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Ação penal. Crime militar. Causa processada perante a Justiça Estadual. Suspensão condicional do processo. Aceitação. Benefício não revogado. Instauração de nova ação penal na Justiça Castrense, pelo mesmo fato. Inadmissibilidade. Preclusão consumada. HC concedido. Voto vencido. Estando em curso suspensão condicional do processo penal, não pode, pelo mesmo fato, outro ser instaurado, ainda que em Justiça diversa. (HC n. 91.505, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 22.8.2008)

Habeas corpus. Processual Penal. Persecução penal na Justiça Militar por fato julgado no Juizado Especial de Pequenas Causas, com trânsito em julgado: impossibilidade: constrangimento ilegal caracterizado. Adoção do princípio do *ne bis in idem*. *Habeas corpus* concedido.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos. A adoção do princípio do ne bis in idem *pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que*

o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.

3. *Habeas corpus* concedido.

(HC n. 86.606, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 3.8.2007)

Habeas corpus. *Acidente de trânsito com motocicleta pilotada por soldado do Exército. Fatos analisados pelo juízo comum da Vara de Acidentes de Trânsito. Trânsito em julgado da sentença extintiva da punibilidade. Abertura de novo processo perante a Justiça Castrense. Impossibilidade. Inexistência de crime militar (alínea* ***d*** *do inciso III do art. 9º do CPM). Eficácia da coisa julgada, ainda que a decisão haja sido proferida por juízo incompetente.* Não há que se falar em competência da Justiça Castrense se o acidente de trânsito se deu quando o soldado já havia encerrado a missão de escolta e retornava ao quartel, não se encontrando, assim, no desempenho de função militar (alínea **d** do inciso III do art. 9º do CPM). *É de se preservar a coisa julgada quanto à decisão extintiva da punibilidade do acusado, ainda que a sentença haja sido proferida por juízo incompetente para o feito. Precedentes.* Habeas corpus *deferido*. (HC n. 89.592, Relator o Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, DJe de 27.4.2007)

Dessa forma, a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente.

Por fim, o reconhecimento do constrangimento ilegal acima apontado prejudica a análise das demais questões formuladas nesta irresignação.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus* a fim de, por ausência de justa causa, extinguir a Ação Penal n. 1000096394, em trâmite perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Teresina-PI, devendo os recorrentes, se presos, serem colocados imediatamente em liberdade, salvo se estiverem custodiados por outro motivo.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 38.196-SP (2013/0171999-1)

Relatora: Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE)
Recorrente: V S (preso)

Advogados: Eduardo de Oliveira Leite
Paulo Antônio Brizz Andreotti
Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Estupro. Prisão preventiva. Necessidade. Preservação da ordem pública. *Modus operandi*. Periculosidade do agente. Garantia de aplicação da lei penal. Fuga do distrito da culpa. Fundamentação suficiente. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso improvido.

– Não existe constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente amparada pela garantia da ordem pública, considerando-se a alta periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* do delito - *in casu*, o paciente, motorista do ônibus escolar que levava a vítima (menor de 14 anos e portadora de retardo mental) para a escola todos os dias, se valeu da confiança depositada pela família da adolescente para praticar, por diversas vezes, atos libidinosos diversos, tendo também consumado conjunção carnal com a vítima. Ressalte-se que o paciente passou a levar a adolescente para casa somente após entregar as demais crianças, para que assim pudesse ficar a sós e cometer os atos.

– A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a simples fuga do distrito da culpa pelo réu é condição que, por si só, enseja a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a aplicação da lei penal.

– As condições pessoais favoráveis dos pacientes, como primariedade, residência fixa e emprego lícito, não garantem, por si só, a revogação de sua prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para garantir a segregação preventiva.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 20 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE), Relatora

---

DJe 28.6.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE): Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, interposto por V. S., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extrai-se dos autos que o paciente foi denunciado e preso preventivamente pela suposta prática do delito tipificado no art. 217-A, por diversas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, pleiteando a liberdade do ora recorrente, pedido que restou desacolhido.

No presente recurso, sustenta o recorrente ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia cautelar, afirmando que o magistrado a decretou tão somente no clamor público e na repercussão do fato, o que, segundo alega, não justifica a segregação excepcional. Afirma, ainda, que o recorrente possui condições favoráveis à liberdade.

Assim, requer seja revogada a prisão preventiva. Subsidiariamente, pugna pela aplicação de medida cautelar diversa da segregação.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 200-201).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ-SE) (Relatora): Como visto, pretende-se com este recurso a revogação da prisão preventiva do recorrente, que foi decretada pela suposta prática, por diversas vezes, do delito tipificado no art. 217-A, na forma do art. 71, do Código Penal.

Demonstrada a existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, a prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar de índole processual, somente deve ser decretada de forma excepcional, quanto evidenciada, no caso concreto, que a soltura do réu possa ser prejudicial à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, e em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Com efeito, o magistrado singular decretou a prisão preventiva do paciente pela garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, nos seguintes termos (fl. 95):

> O crime pelo qual o réu foi denunciado é grave (estupro, vitima menor de 14 anos de idade portadora de doença mental).
>
> Diante da extrema gravidade dos fatos narrados na denúncia, necessária se faz a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, *uma vez que o réu encontra-se desaparecido desde que os fatos narrados na denúncia foram levados ao conhecimento da autoridade policial e uma vez solto, o réu poderá colocar em risco a instrução criminal e causar grande desassossego à vítima e seus familiares*. Ademais, há indícios da materialidade e autoria do delito, o que reforça a necessidade de prisão do réu.

A Corte de origem, por sua vez, entendendo presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, afirmou que (fl. 143):

> E nesse sentido decide a Turma julgadora, valendo desde logo o registro, relevantíssimo, de que o paciente foi acusado de praticar conjunção carnal e atos libidinosos com adolescente menor de 14 anos e possuidora de retardamento mental.
>
> Ocorrências fáticas de inegável gravidade, coloque-se em destaque o valioso parecer de fls. 134-135, no sentido de que em delitos dessa natureza exige-se maior rigor em termos de posicionamento direcionado em liberdade. Ressaltou o douto Procurador de Justiça que "O paciente demonstrou uma singular falta de preocupação com as consequências de seus atos.

Gozando da confiança da família da pequena vítima, granjeada durante o tempo em que a conduziu para a escola e a trouxe de volta, não hesitou em abusar de uma criança de apenas 13 anos de idade, que sabia portadora de retardo mental, pois a conhecia desde os tempos em que ela frequentava a APAE", fls. 135.

Além do mais o réu fugiu logo após os fatos, permaneceu foragido por mais de dois meses, demonstrando pretensão de frustrar a aplicação da lei penal.

Dessa forma, verifica-se não existir constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente amparada pela garantia da ordem pública, considerando-se a alta periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* do delito – *in casu*, o paciente, motorista do ônibus escolar que levava a vítima (menor de 14 anos e portadora de retardo mental) para a escola todos os dias, se valeu da confiança depositada pela família da adolescente para praticar, por diversas vezes, atos libidinosos diversos, tendo também consumado conjunção carnal com a vítima. Ressalte-se que o paciente passou a levar a adolescente para casa somente após entregar as demais crianças, para que assim pudesse ficar a sós e cometer os atos.

Assim, tendo as instâncias ordinárias, diante das circunstâncias que envolvem o delito, demostrado concretamente a presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar, na imperiosa necessidade de se resguardar a ordem pública, é de rigor a manutenção da prisão preventiva.

Corroborando este entendimento, confiram-se os seguintes precedentes:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso ordinário. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei n. 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Estupro de vulnerável. Prisão preventiva. Pretendida revogação. Pressupostos. Provas da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva. Desclassificação para o crime do art. 215 do CP. Inviabilidade de exame na via eleita. Gravidade concreta dos delitos. Modus operandi. *Reiteração. Periculosidade do agente.*

Garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Segregação justificada e necessária. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria e da pretendida desclassificação do delito para o disposto no art. 215 do Código Penal é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. *Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos em tese praticados e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo* modus operandi *empregado.*

4. Caso em que o paciente, valendo-se de sua condição de mentor espiritual de uma comunidade de fieis, e dissimuladamente, a pretexto de realizar atos religiosos, é acusado de submeter as vítimas à prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos.

5. Verifica-se a necessidade da custódia antecipada também para acautelar a ordem pública da reiteração criminosa, já que são três as ocorrências imputadas ao agente, cometidas em momentos diversos e contra vítimas diferentes, revelando a propensão a atividades ilícitas e demonstrando a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

6. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada.

Custódia cautelar. Incidência da Lei n. 12.403/2011. Impossibilidade. Presença de motivação para a segregação corporal. Gravidade concreta do delito e reiteração criminosa. Insuficiência das medidas cautelares. Constrangimento ausente. Writ *não conhecido*.

1. Inviável a incidência de medidas cautelares diversas da prisão quando, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, a aplicação das referidas medidas não se mostraria suficiente à coibir a reiteração delitiva, dada a demonstração da probabilidade concreta de que o paciente poderá voltar a delinquir.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 262.643-SE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 24.5.2013)

Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Tentativa. Prisão preventiva. Tese de ausência de fundamentação concreta. Improcedência. Decreto prisional fundado

em elementos sólidos contidos nos autos. Garantia da ordem pública. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância.

1. A prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada, com a indicação de elementos concretos contidos nos autos no tocante à garantia da ordem pública.

2. *As instâncias ordinárias, ao decretar e manter a prisão preventiva do paciente, apoiaram-se em elementos sólidos contidos nos autos, fazendo referência à gravidade concreta do crime supostamente praticado e ao* modus operandi *empregado, que também revela a periculosidade do paciente.*

3. Na espécie, o decreto prisional foi lastreado no fato de que a vítima, criança com 11 anos de idade, já havia sido constrangida outras vezes a praticar sexo com o paciente, que a convidava rotineiramente aos domingos para tal prática, oferecendo-lhe dinheiro.

4. Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente não possuem o condão de, por si sós, conduzirem à revogação da prisão preventiva.

5. Ordem denegada. (HC n. 237.405-DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 30.11.2012)

Ademais, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a simples fuga do distrito da culpa pelo réu é condição que, por si só, enseja a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a aplicação da lei penal. Assim, a prisão está devidamente fundamentada, também, para garantir a aplicação da lei penal.

Neste sentido:

Criminal. *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio triplamente qualificado. Prisão preventiva. Paciente foragido. Ameaças às testemunhas e à vítima. Decisão devidamente fundamentada. Excesso de prazo. Inocorrência. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

I. Paciente que teve a prisão preventiva decretada em 20.8.2010, sendo preso somente após cerca de seis meses, deixando evidente sua intenção de furtar-se à aplicação da pena.

II. A simples condição de foragido, que se mantém em local incerto e não sabido, é suficiente para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

(...)

VII. Ordem denegada. (HC n. 228.757-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 14.8.2012).

Habeas corpus liberatório. Estelionato. Prisão preventiva decretada em 12.2.2008. Decreto suficientemente fundamentado. Garantia da ordem pública.

> *Modus operandi*. Magnitude da empreitada criminosa. Reiteração delitiva. Aplicação da lei penal. Paciente foragido. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem denegada.
>
> 1. Sendo induvidosa a ocorrência do crime e presentes suficientes indícios de autoria, não há ilegalidade na decisão que determina a custódia cautelar do paciente, se presentes os temores receados pelo art. 312 do CPP.
>
> 2. *In casu*, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, a magnitude da empreitada criminosa evidenciou a periculosidade do paciente e o perigo à ordem pública. Com efeito, consta que para realizar o crime, o acusado e a co-ré abriram uma instituição financeira, sem a autorização do Banco Central, e, mediante promessa de intermediação de financiamentos, lesaram inúmeras pessoas de baixa renda e auferiram, durante 3 anos, mais de R$ 2 milhões de reais.
>
> 3. É relevante ressaltar que há noticias de que o ora paciente atuou em vários Estados da Federação (Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Santa Catarina, além da Capital e interior do Estado de São Paulo), lesando mais de 150 pessoas, possuindo diversas anotações em sua folha de antecedentes, sendo concreta, portanto, a possibilidade de reiteração da prática criminosa. *Por fim, o simples estado de foragido indica a intenção de frustrar a aplicação da lei penal e também justifica a prisão por conveniência da instrução criminal.*
>
> 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC n. 112.241-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 19.12.2008).

Noutro ponto, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que as condições pessoais favoráveis dos pacientes, como primariedade, residência fixa e emprego lícito, não garantem, por si só, a revogação de sua prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para garantir a segregação preventiva. Confiram-se os seguintes precedentes:

> *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência das Cortes Superiores. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o STF. Homicídio qualificado tentado. Custódia cautelar fundamentada na garantia da ordem pública. *Modus operandi*. Gravidade concreta do delito. Constrangimento ilegal não evidenciado. Excesso de prazo na formação da culpa. Superveniente pronúncia. Súmula n. 21 desta Corte Superior. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. *Habeas corpus* não conhecido.
>
> (...)
>
> *6. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a*

custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

7. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão de *habeas corpos* de ofício.

8. Ordem de *habeas corpus* não conhecida (HC n. 185.456-PE, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 26.9.2012).

Prisão. Negativa do apelo em liberdade. Gravidade concreta. Necessidade de acautelamento da ordem pública. Fundamentação idônea e constitucional. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Segregação justificada e necessária. Recurso improvido.

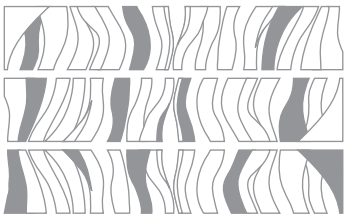
1. Evidenciada a gravidade concreta do crime em tese cometido, mormente pelo fato de ser o recorrente policial civil, tendo se valido deste cargo para a sua prática, mostra-se necessária a continuidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

2. Condições pessoais favoráveis não têm, em princípio, o condão de, por si sós, revogar a prisão preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre in casu.

3. Recurso a que se nega provimento (RHC n. 32.443-AM, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 18.9.2012).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 180.940-RJ (2010/0141358-7)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Katia Varela Mello - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: J H de O

EMENTA

Habeas corpus. Estupro. Agravo em execução. *Writ* substitutivo de recurso próprio. Não conhecimento. Via inadequada. Progressão ao regime aberto. Requisitos. Interpretação do art. 114, I, da Lei n. 7.210/1984. Estipulação de um prazo razoável para a comprovação do trabalho lícito. Concessão da ordem de ofício. Constrangimento ilegal evidente.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar sua celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação ocorrente na espécie.

3. Embora o art. 114, inciso I, da Lei n. 7.210/1984 exija que o condenado comprove a possibilidade imediata de trabalho para a progressão ao regime aberto, tal regra deve ser interpretada em consonância com a realidade social, sob pena de inviabilizar por completo a concessão dessa benesse e, por conseguinte, a finalidade ressocializadora almejada na execução penal.

4. É certo que as pesquisas apontam uma redução significativa na taxa de desemprego no Brasil, entretanto, a realidade mostra que as pessoas com antecedentes criminais encontram mais dificuldade para

iniciar-se no mercado de trabalho (principalmente o formal), o qual está cada vez mais exigente e competitivo.

5. Se, de um lado, não é razoável condicionar a progressão de regime à demonstração prévia de ocupação lícita, de outro lado, também não é aceitável deixar de observar às regras concernentes à Execução Penal e seus princípios basilares.

6. O que se espera do reeducando que se encontra no regime aberto é sua reinserção na sociedade, condição esta intrinsecamente relacionada à obtenção de emprego lícito, o qual poderá ser comprovado dentro de um prazo razoável, a ser fixado pelo Juiz da Execução.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a decisão do magistrado de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime aberto, com a recomendação ao Juízo da Execução que estabeleça um prazo razoável para que o apenado comprove ocupação lícita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as cima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, mas, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministros Sebastião Reis Júnior e as Sras. Ministras Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Presidente e Relator

DJe 1º.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de J H de O, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 213 do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Após a progressão ao regime semiaberto, o Juízo da Vara de Execuções Penais, verificando o preenchimento dos requisitos previstos no art. 112 da LEP, deferiu ao apenado, em 18.10.2010, a progressão ao regime prisional aberto.

Inconformado, o Ministério Público interpôs agravo em execução, alegando que o reeducando não pode progredir ao regime aberto sem comprovar o efetivo exercício de atividade laboral ou a possibilidade concreta de emprego.

A Corte de origem, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso ministerial para cassar a decisão do Juiz de primeiro grau, em virtude de não estar comprovado os requisitos do art. 114, I, da Lei de Execução.

Neste *writ*, alega a defensoria-impetrante que configura constrangimento ilegal exigir do detento a imediata comprovação de trabalho lícito como pré-requisito para a progressão ao regime aberto, entendo que a referida regra deve ser interpretada com razoabilidade, à luz da realidade social.

Busca, em suma, seja restabelecida a decisão do juízo das execuções, que concedeu ao paciente a progressão ao regime aberto.

Prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): De ressaltar, inicialmente, que a competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o *habeas corpus*, de forma originária, somente se verifica nas hipóteses taxativamente previstas no art. 105, I, alínea **c**, da Constituição Federal.

De outro lado, a Carta Magna prevê, no art. 105, II, alínea **a**, o recurso ordinário, cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

Outro instrumento, também com matriz constitucional (art. 105, inciso III), é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita às causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais

Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

À luz desse preceito, esta Corte de Justiça não vem mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

No caso, observa-se que, após o julgamento do agravo em execução, a defesa formulou diretamente este *mandamus*, questionando a interpretação dada pelas instâncias ordinárias ao disposto no art. 114, I, da Lei de Execução Penal.

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se a sua rejeição. Cumpre ressaltar, em casos que tais, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada obsta que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação, a meu ver, ocorrente na espécie.

Como dito, magistrado singular concedeu o benefício da progressão para o regime aberto nos seguintes termos:

> Dentro de um, contexto de realidade social do país, não há que se exigir a Comprovação da possibilidade de trabalho imediato, nos termos precisos constantes do Enunciado n. 17 da Uniformização das Decisões da Vara de Execuções Penais.
>
> A persistir tal exigência, estaríamos contemplando um benefício para os poucos privilegiados seguindo a classe social, ferindo de morte o princípio da igualdade.
>
> Daí por que tem-se entendido que o requisito do art. 114, I, da LEP não foi recepcionado pela Carta da República.
>
> A par disso, em atenção ao cálculo da pena e à existência de mérito carcerário, tomo por presentes os requisitos legais previstos no artigo 112 da LEP, e *defiro* ao apenado a pretensão da progressão de regime do semiaberto para o aberto.

Com razão o Juiz singular. Embora o art. 114, inciso I, da Lei n. 7.210/1984 exija que o condenado comprove a possibilidade imediata de trabalho para a progressão ao regime aberto, tal regra deve ser interpretada em consonância com a realidade social, sob pena de inviabilizar por completo a concessão dessa benesse e, por conseguinte, a finalidade ressocializadora almejada na execução penal.

É certo que as pesquisas apontam uma redução significativa na taxa de desemprego no Brasil, entretanto, a realidade mostra que as pessoas com antecedentes criminais encontram mais dificuldade para iniciar-se no mercado de trabalho (principalmente o formal), o qual está cada vez mais exigente e competitivo.

Se, de um lado, não é razoável condicionar a progressão de regime à demonstração prévia de ocupação lícita, de outro lado, também não é aceitável deixar de observar às regras concernentes à Execução Penal e seus princípios basilares.

O que se espera do reeducando que se encontra no regime aberto é sua reinserção na sociedade, condição esta intrinsecamente relacionada à obtenção de emprego lícito, o qual poderá ser comprovado dentro de um prazo razoável, a ser fixado pelo Juiz da Execução.

Nesse sentido, colho os seguinte precedente desta Corte:

> *Habeas corpus*. Execução penal. Progressão de regime carcerário. Deferimento do regime aberto pelo Juízo das Execuções. Cassação pelo Tribunal *a quo*. Falta de comprovação de trabalho. Exegese do art. 114, I, da LEP. Temperamento. Estipulação de prazo para a busca e obtenção de ocupação lícita. Razoabilidade. Ordem concedida.
>
> 1. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de que a regra do art. 114, I, da LEP, a qual exige do condenado, para ingressar no regime aberto, a comprovação de trabalho ou a possibilidade imediata de fazê-lo (apresentação de proposta de emprego), deve sofrer temperamentos, ante a realidade da população carcerária do país. Assim, de acordo com o princípio da razoabilidade, deve-se conceder ao apenado um prazo de 90 dias, para, em regime aberto, procurar e obter emprego lícito, apresentando, posteriormente, a respectiva comprovação da ocupação. Precedente: HC n. 147.913-SP.
>
> 2. Ordem concedida para restabelecer a decisão de primeiro grau que deferiu à paciente a progressão de regime para o aberto e estipular o prazo de 90 (noventa) dias para que se demonstre a obtenção de trabalho lícito, formalizado em termo de compromisso. (HC n. 213.303-SP, Relator Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJ-RS -, DJe 27.2.2012)

> Penal. Execução. Regime aberto. Progressão. Trabalho lícito. Requisito. Demonstração. Prazo razoável. Concessão. Possibilidade.
>
> 1. A decisão do juízo da execução de facultar ao apenado, dentro de 90 dias da concessão da progressão ao regime aberto, a comprovação de ter obtido um emprego lícito, é a interpretação do art. 114 da LEP que se coaduna com a

realidade da população carcerária do país e, pois, é a que mais dá efetividade ao dispositivo.

2. A experiência mostra que, estando a pessoa presa, raramente ela tem condições de, desde logo, ao fazer o pedido, demonstrar o trabalho com carteira assinada. Normalmente, então, como o fez corretamente, na espécie, o magistrado de primeiro grau, concede-se um prazo para que o apenado possa, em regime aberto, obter um trabalho e apresentar este comprovante.

3. Ordem concedida para manter a decisão do juiz que promoveu o paciente ao regime aberto. (HC n. 147.913-SP, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 11.4.2012)

Habeas corpus. Execução penal. Pleito de progressão para o regime aberto. Indeferimento. Ausência de comprovação de trabalho. Constrangimento ilegal configurado. Razoabilidade. Ordem concedida.

1. A regra descrita no art. 114, inciso I, da Lei de Execuções Penais, que exige do condenado, para a progressão ao regime aberto, a comprovação de trabalho ou a possibilidade imediata de fazê-lo, deve ser interpretada com temperamentos, pois a realidade nos mostra que, estando a pessoa presa, raramente possui ela condições de, desde logo, comprovar a existência de proposta efetiva de emprego ou de demonstrar estar trabalhando, por meio de apresentação de carteira assinada. Precedentes.

2. No caso, pode-se aferir dos autos que o paciente cumpriu os requisitos exigidos pelo art. 112 da Lei n. 7.210/1984, deixando, apenas, de obter a pretendida progressão prisional ante a ausência de apresentação de carta de proposta de emprego, o que configura o alegado constrangimento ilegal.

3. *Habeas corpus* concedido para deferir ao paciente a progressão ao regime aberto. (HC n. 224.676-RS, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 12.6.2012)

Execução penal. *Habeas corpus*. Progressão ao regime aberto. Benefício concedido no juízo singular. Decisão cassada pelo Tribunal *a quo*. Exigência de proposta de emprego. Recolocação no mercado de trabalho. Dificuldades. Flexibilização da norma. Gravidade abstrata do delito. Longa pena a cumprir. Fundamentos insuficientes. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida.

I. Na hipótese, o reeducando cumpriu todos os requisitos exigidos pelo art. 112 da LEP para obter a progressão ao regime prisional aberto, entendendo o magistrado de primeiro grau que o pressuposto estampado no inciso II, do art. 114 daquela norma também estaria preenchido.

II. Diante do quadro brasileiro e até mesmo mundial, a registrar uma grave crise empregatícia, exigir-se a apresentação de comprovante de emprego das pessoas oriundas do sistema carcerário, nem sempre se mostra viável, redundando, quase sempre, na vedação *in abstrato* à pretendida progressão.

III. Se a oferta de emprego está escassa até mesmo para aqueles que não possuem algum antecedente penal, imagina-se impor tal obrigação a quem já registra alguma condenação.

IV. A flexibilização não significa dizer que o sentenciado progredido ao regime aberto esteja desobrigado de trabalhar e manter ocupação licita, encargo do qual somente estão dispensados as pessoas relacionadas no art. 117 da LEP, nos termos do art. 114, parágrafo único, da mesma lei.

V. O julgador deve buscar uma interpretação teleológica que vise à consecução dos objetivos de proporcionar as condições para uma harmônica integração social do condenado e do internado, de maneira que eles, em virtude de seus antecedentes e histórico prisional, se apresentarem merecimento e empenho para recolocarem-se dignamente no mercado de trabalho, poderão obter a progressão de regime, ainda que estejam desempregados.

VI. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a gravidade dos delitos praticados, tomada abstratamente e por si só, bem como o montante da pena a ser cumprida, não são fundamentos idôneos para o indeferimento de pedido de progressão de regime. Precedentes.

VII. À vista da demonstração do preenchimento de quase todos os requisitos legais para progredir ao regime prisional aberto, deve ser mantido o beneficio deferido ao paciente na instância de primeiro grau.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC n. 217.180-RJ, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 22.3.2012)

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo ordem de ofício para restabelecer a decisão do magistrado de primeiro grau, que deferiu ao paciente a progressão ao regime aberto, com a recomendação ao Juízo da Execução que estabeleça um prazo razoável para que o apenado comprove ocupação lícita.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 186.197-MA (2010/0177353-0)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães
Impetrante: José da Guia Teixeira da Silva
Advogado: Jean Carlos Nunes Pereira - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
Paciente: José da Guia Teixeira da Silva
Paciente: Gardênia da Conceição Silva
Paciente: Sirleide Pereira Sousa
Paciente: Maria Neide Pereira Sousa
Paciente: Vanderléia Pereira Sousa
Paciente: Antonio Gomes de Morais

EMENTA

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Não conhecimento do *writ*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Trancamento da ação penal. Crimes de esbulho possessório (art. 161, II, do Código Penal) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). Ausência de justa causa. Superveniência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena em abstrato, quanto ao crime de esbulho possessório. Causa extintiva da punibilidade. Crime de quadrilha. Ausência de indicação, na denúncia, de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados. Deficiência da narração dos fatos, na inicial acusatória. Constrangimento ilegal demonstrado. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs n. 109.956-PR (DJe de 11.9.2012) e n. 104.045-RJ (DJe de 6.9.2012), considerou inadequado o *writ*, para substituir recurso ordinário constitucional, em *habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/1988), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **d**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Está consagrada, na jurisprudência nacional, a diretriz no sentido de que, na via estreita do *habeas corpus*, o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, somente pode ocorrer desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

VI. O prazo prescricional do delito de esbulho possessório (art. 161, II, do Código Penal) é de 2 (dois) anos, considerando-se a pena máxima cominada ao tipo penal – 6 (seis) meses de detenção –, consoante disposto no art. 109, VI, do Código Penal, na redação original, anterior às alterações promovidas pela Lei n. 12.234/2010, em observância ao postulado constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

VII. Assim, decorrido prazo superior a 2 (dois) anos, desde a data do recebimento da denúncia (22.2.2010), sem a prolação de sentença condenatória – marco interruptivo da prescrição previsto no art. 117, IV, do Código Penal –, operou-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pela pena em abstrato.

VIII. A configuração típica do crime de quadrilha deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes, voltada ao cometimento de delitos, e c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa. Diferentemente

do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos.

IX. O crime de formação de quadrilha ou bando é delito formal, que se consuma com a reunião ou a associação do grupo, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, e independentemente do cometimento de algum dos crimes acordados pelos membros do bando, tendo em vista que a convergência de vontades já apresenta perigo suficiente para conturbar a paz pública.

X. Na hipótese, entretanto, não restou minimamente evidenciada, na inicial acusatória, a existência do crime de quadrilha, à míngua de elementos que demonstrassem a existência de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados, com o fito de delinquir.

XI. Ordem não conhecida.

XII. Concessão da ordem, de ofício, para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, quanto ao delito de esbulho possessório, e reconhecer a inépcia da denúncia, relativamente ao crime de quadrilha, anulando a inicial acusatória da Ação Penal n. 250-53.2010.8.10.0026, em tramitação na 1ª Vara da Comarca de Balsas-MA, por ausência de justa causa, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, se for o caso, quanto ao delito de quadrilha, atendidos os requisitos do art. 41 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 28 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 17.6.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de *José da Guia Teixeira da Silva* e outros – denunciados como incursos nos arts. 161, II, e 288 do Código Penal (fls. 47-51e) – apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que denegou a ordem impetrada (fls. 159-166e).

Alega a impetrante, em síntese, a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública da data da sessão de julgamento do *Habeas corpus*, impetrado no 2º Grau.

Sustenta, ainda, a incidência do princípio da intervenção mínima, quanto ao delito previsto no art. 161, II, do Código Penal, porquanto, "na seara cível existem diversos institutos possessórios capazes de obstar, com elevado grau de efetividade, qualquer turbação ou esbulho à posse, inclusive com a possibilidade de cumulação de pedidos demolitório e de indenização (art. 921 do CPC), que poderiam ter sido utilizados" (fl. 12e), razão pela qual não se justifica a intervenção do Direito Penal, que constitui *ultima ratio*.

Aduz, outrossim, a inépcia da denúncia, por atipicidade da conduta, ao fundamento de que, se o imóvel está desocupado, sem destinação alguma (e este fato avulta incontroverso nos autos), não há lesão jurídica à propriedade" (fl. 11e). Ressalta que, ainda que se entenda possível o esbulho possessório a imóvel desocupado, o fato narrado na denúncia não se reveste de tipicidade conglobante.

Argumenta que a propriedade abandonada não é tutelada pelo tipo penal de esbulho possessório, pois não cumpre sua função social, prevista no art. 186 da Constituição Federal. E, na hipótese, "a ocupação fez de um terreno inútil, refúgio de usuários de drogas, um espaço para construção de um lar, mecanismo que só reforça o necessário caráter social de que deve se revestir a propriedade" (fl. 13e). Assim, conclui que a persecução penal, "além de criminalizar legítimos

movimentos sociais, priva 16 famílias do sagrado direito à moradia (art. 6º da CF), impedindo que a propriedade alcance a sua função social" (fl. 13e).

Ressalta, ainda, que a Comissão Pastoral da Terra, em ofício dirigido à Defensoria Pública do Maranhão, alertou sobre a repercussão causada pela persecução penal contra os moradores, "intitulados, de modo temerário, como criminosos", provocando manifestações de desagravo por diversos segmentos da sociedade civil (fl. 23e).

Assevera, outrossim, quanto à imputação do delito de esbulho possessório, ausência de individualização das condutas imputadas aos pacientes e inexistência de suporte probatório mínimo para a acusação, porquanto: a) Maria Neide Pereira Sousa e Vanderléia Pereira Sousa, apontadas como líderes, jamais foram ouvidas ou indiciadas no Inquérito Policial, sendo-lhes atribuída a prática delitiva, desacompanhada de quaisquer elementos probatórios; b) José da Guia Teixeira da Silva, embora conste do rol de denunciados, não lhe foi atribuída qualquer conduta, na inicial acusatória; c) Antônio Gomes de Morais, membro da Comissão Pastoral da Terra, não invadiu nem ocupou o terreno pretensamente esbulhado, tendo somente lá comparecido, após a ocupação, na tentativa de encontrar solução conciliatória ao litígio; d) Sirleide Sousa é mencionada, na inicial acusatória, como ocupante do local, com a aquiescência da Associação de Moradores de Açucena.

Argumenta, quanto ao delito de quadrilha, que não há prova da reunião estável ou permanente, nem da existência de associação com a finalidade de cometer diversos delitos. Ao contrário, "são pessoas pacíficas, de baixa renda, que possuem o único propósito de conseguir um terreno para construir casas", sem histórico criminoso, conforme certidão de antecedentes criminais acostada aos autos (fl. 8e); que "a denúncia foi oferecida sem que haja prova da materialidade delitiva, não há sequer indícios que permitam supor que os denunciados estejam arquitetando o cometimento de uma série de infrações, fato este essencial para a caracterização do crime de quadrilha" (fls. 18-19e); que "o art. 41 do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia deverá conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Porém, na denúncia ofertada há apenas a afirmação de que 'os denunciados se associaram e agiram de forma planejada', o que por si só não preenche os requisitos exigidos para a configuração do tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal" (fl. 19e); que é necessário que a associação tenha como fim o cometimento de diversos crimes; que "a denúncia, além de não dispor nada nesse sentido, não traz fato nenhum

que demonstre a natureza criminosa dos acusados e a intenção dos mesmos de praticarem delitos em série" (fl. 19e), pelo que a acusação carece de justa causa.

Alega, ainda, que "há uma certidão de ocorrência nos autos, fl. 44, na qual o Sr. Paulo Eduardo Coelho afirma que sua fazenda teria sido invadida por um grupo de pessoas, que não são nominadas nem identificadas por qualquer meio, e que, pasme-se, teria ouvido falar de terceiros que o grupo estaria contando com o apoio da Comissão Pastoral da Terra" (fls. 20-21e); que, "em primeiro lugar, em momento algum se verificou a procedência e veracidade das aludidas informações. Em segundo, considerando somente por hipótese, sejam verdadeiras, não há qualquer indício, ainda que mínimo, de que o grupo que teria ocupado esta fazenda seja o mesmo que tenha ocupado o imóvel aforado à Associação de Moradores do Bairro Açucena" (fl. 21e); que é teratológico "afirmar a existência de formação de quadrilha consubstanciada no apoio que o órgão da Igreja, engajado na luta pela moradia, presta a ocupantes de imóvel inútil e que o utilizam para fins de construção de um lar" (fl. 21e).

Afirma, por fim, que o crime de esbulho possessório, punido com pena de 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, enquadra-se no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser submetido ao rito sumaríssimo, estabelecido na Lei n. 9.099/1995.

Requer o deferimento do pedido de liminar, para determinar a suspensão da Ação Penal n. 250-53.2010.8.10.0026, em tramitação na 1ª Vara da Comarca de Balsas-MA, até o julgamento final do *writ*, e, no mérito, o trancamento da Ação Penal, por ausência de justa causa (art. 395, III, do CPP), ou, subsidiariamente, a absolvição sumária dos réus, por não constituir crime o fato narrado (art. 397, III, do CPP), ou, ainda, caso acolhida a alegação de atipicidade da conduta, apenas quanto ao delito de quadrilha, pugna-se pela adoção do rito previsto pela Lei n. 9.099/1995, em relação ao delito de esbulho possessório.

O pedido formulado em sede de liminar foi indeferido, sendo dispensadas as informações (fls. 302-303e).

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República *Raquel Elias Ferreira Dodge*, opinou pela concessão da ordem, para determinar o trancamento da Ação Penal (fls. 309-315e).

Em 15.3.2013, solicitei informações acerca do andamento da Ação Penal n. 250.53.210.8.10.0026, tendo em vista o tempo decorrido desde a impetração, cuja cópia ora determino seja juntada aos autos.

Solicitadas informações, pelo Supremo Tribunal Federal, para instruir os autos do *Habeas corpus* n. 114.039-MA, foram por mim prestadas, em 5.10.2012 (fls. 345-346e).

Em 9.4.2013, o eminente Ministro Gilmar Mendes, Relator, no STF, do *Habeas corpus* n. 114.039-MA, concedeu a ordem, para determinar o julgamento do presente *writ*, pelo STJ, no prazo máximo de 10 sessões, a partir da data da comunicação, ocorrida em 10.4.2013 (fl. 352e).

Os autos vieram-me conclusos, em 12.4.2013, para cumprimento da determinação do STF (fl. 354e).

A Defensoria Pública da União, em face do pedido de fl. 321e, foi intimada do julgamento do presente *writ*, na sessão da 6ª Turma do STJ de 28.5.2013 (fls. 358-359e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs n. 109.956-PR (DJe de 11.9.2012) e n. 104.045-RJ (DJe de 6.9.2012), firmou entendimento pela inadequação do *writ*, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC n. 213.935-RJ, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Quinta Turma*, DJe de 22.8.2012; e HC n. 150.499-SP, Rel. Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, *Sexta Turma*, DJe de 27.8.2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a *habeas corpus*, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei n. 8.038/1990, quando inexiste flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão

da ordem, de ofício (HC n. 114.550-AC, Rel. Ministro *Luiz Fux*, DJe de 24.8.2012; HC n. 114.924-RJ, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, DJe de 28.8.2012).

Em caso de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, não obstante o presente *Habeas corpus* seja substitutivo de recurso ordinário, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento do pedido, ainda que examinando a matéria, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Como se viu do relatório, sustenta a impetrante, em síntese, a ausência de justa causa para a propositura da Ação Penal, por inépcia da denúncia, ante a atipicidade dos fatos, a ausência de individualização das condutas imputadas aos pacientes, e a inexistência de lastro probatório mínimo para a acusação.

Nas informações, prestadas em 15.3.2013 – mantidas, sem alteração, até 27.5.2013, conforme contato telefônico –, o Juízo de 1º Grau esclareceu o seguinte:

> O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia em 10.2.2010 contra *José da Guia Teixeira da Silva. Gardênia da Conceição Silva. Sirleide Pereira Sousa. Maria Neide Pereira Sousa. Vanderléia Pereira Sousa* e *Antônio Gomes de Morais*, como incursos nas penas do art. 161, II, e art. 288 do Código Penal, *por terem, em novembro de 2009*, se associado para invadirem terreno alheio com o fim de esbulho possessório.
>
> *A denúncia foi recebida em 22.2.2010, ocasião em que se determinou a citação dos acusados para responderem a acusação.*
>
> *Os acusados* ***José da Guia Teixeira da Silva***, ***Gardênia da Conceição Silva***, ***Sirleide Pereira Sousa***, ***Maria Neide Pereira Sousa*** *e* ***Vanderléia Pereira Sousa*** *foram devidamente citados, em 15.3.2010 (fls. 62).*
>
> *Defesa preliminar dos referidos acusados apresentada em 29.3.2010, às fls. 64-81, através da Defensoria Pública do Estado. Resposta à Acusação de* ***Antônio Gomes de Morais*** *apresentada em 5.4.2010, às fls. 89-120.*
>
> *Juntada de carta precatória de citação do acusado* ***Antônio Gomes de Morais*** *às fls. 135-140, devidamente cumprida em 5.10.2010.*
>
> *Às fls. 152, em 13.7.2010, juntou-se o Ofício n. 128/2010-CCCI do Tribunal de Justiça, informando que, no HC n. 8.982/2010 e n. 9.345/2010, foi concedido*

> *liminarmente, em 13.4.2010, a ordem de* habeas corpus *em favor dos acusados, devendo a ação ficar sobrestada até o julgamento de mérito desta impetração.*
>
> Remetido em 10.7.2010 o Ofício n. 1.697/2010 ao TJ-MA prestando informações requisitadas através daquele expediente, tendentes a instruir o supracitado *Habeas Corpus*.
>
> Certidão às fls. 451, datada de 27.7.2010, atestando que o feito se encontra suspenso em razão da decisão prolatada no aludido *Habeas Corpus*.
>
> *Juntada do Ofício n. 614/2010-SSC em 13.9.2010, pelo qual o presidente da Primeira Câmara Criminal comunica a este juízo a denegação da ordem impetrada.*
>
> *Com vistas ao representante do Ministério Público, este pugnou, dentre outras diligências perante a Secretaria Judicial, a retomada do curso regular do processo, acaso já tenha cessado a ordem de suspensão do processo.*
>
> *Cumpre ressaltar que o feito se encontra concluso para análise e deliberações desde 8.8.2012.*

Com efeito, está consagrada, na jurisprudência nacional, a diretriz no sentido de que, na via estreita do *habeas corpus*, o trancamento da ação penal, por falta de justa causa, somente pode ocorrer desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

Na espécie, verifico a ausência de justa causa para o processamento da Ação Penal, quanto ao delito de esbulho possessório, pela incidência de causa extintiva da punibilidade, relativamente à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

O crime de esbulho possessório prevê a seguinte pena em abstrato:

> *Art. 161* – Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:
>
> *Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.*
>
> *§ 1º – Na mesma pena incorre quem*:
>
> (...)
>
> *Esbulho possessório*
>
> *II – invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.*

O prazo prescricional do aludido delito é de 2 (dois) anos, considerando-se a pena máxima cominada ao tipo penal – 6 (seis) meses –, consoante disposto

no art. 109, VI, do Código Penal, na redação original, anterior às alterações promovidas pela Lei n. 12.234/2010, *in verbis:*

> *Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime*, verificando-se:
>
> (...)
>
> *III - em 2 (dois) anos, se a pena é inferior a 1 (um) ano*.

Destaco que a nova redação do art. 109, VI, do Código Penal, introduzida pela Lei n. 12.234, de 5.5.2010, não alcança o fato ora apurado – supostamente praticado em *7.11.2009*, ou seja, anteriormente à sua vigência –, em observância ao postulado constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Como se viu das informações prestadas pelo Juízo de 1º Grau, *recebida a denúncia*, em *22.2.2010*, foram citados os acusados, e apresentada resposta preliminar, pelos pacientes *José da Guia Teixeira da Silva*, *Gardênia da Conceição Silva*, *Sirleide Pereira Sousa*, *Maria Neide Pereira Sousa e Vanderléia Pereira Sousa*. Em 12.4.2010, nos autos do *Habeas corpus* n. 8982.2010, ora impugnado, foi determinada a suspensão do andamento da Ação Penal, até o julgamento do mérito daquele *writ*. Em 31.8.2010, foi denegada a ordem impetrada, determinando-se o regular processamento da Ação Penal (fl. 166e). Retomada a tramitação do feito, foram requeridas novas diligências, pelo Ministério Público, encontrando-se os autos conclusos, para análise e deliberações, desde 8.8.2012.

Assim, decorrido prazo superior a 2 (dois) anos, desde a data do recebimento da denúncia (*22.2.2010*), sem a prolação de sentença condenatória, marco interruptivo da prescrição previsto no art. 117, IV, do Código Penal, operou-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pela pena em abstrato.

Portanto, reconhecida a extinção da punibilidade, quanto ao crime de esbulho possessório, remanesce, ainda, o exame da viabilidade da acusação, relativamente ao delito de quadrilha.

Para melhor elucidação dos fatos, reporto-me à inicial acusatória, *in verbis*:

> *1º Denunciado*
>
> *José da Guia Teixeira da Silva*, brasileiro, união estável, nascido em 18.5.1982, natural de São Raimundo das Mangabeiras-MA, filho de Ana Teixeira da Silva, residente e domiciliado na rua 06, n. 383, bairro Açucena Velha, nesta cidade de Balsas-MA;

2ª Denunciada:

Gardenia da Conceição Silva, brasileira, solteira, vendedora, nascida em 29.1.197 (*sic*), natural de Balsas-MA; filha de Domingos, Pereira da Silva e Alzira Pereira da Conceição, residente e domiciliada na rua 07, n. 298, bairro Açucena Velha, nesta cidade de Balsas-MA;

3ª Denunciada:

Sirleide Pereira Sousa, brasileira, união estável, nascida em 10.9.1982, natural de Balsas-MA, filha de José de Oliveira Sousa e Maria Neide Pereira Sousa, residente e domiciliada na rua 07, s/n bairro Açucena Velha, próximo ao Bar Aquários, nesta cidade de Balsas-MA;

4º Denunciada:

Maria Neide Pereira Sousa, brasileira, nascida em 25.12.1954, RG 185420320001-4 e CPF 651.970.113-00, residente e domiciliada na rua 11, n. 306, bairro Açucena Velha, Balsas-MA;

5º Denunciada:

Vanderléia Pereira Sousa, brasileira, nascida em 22.9.1989, RG 034418272007-0 e CPF 040745623-67, residente e domiciliada na rua 11, n. 306, bairro Açucena Velha, Balsas-MA;

6º Denunciado:

Antônio Gomes de Morais, brasileiro, casado, agente da pastoral, nascido em 6.10.1955, natural de Loreto-MA, filho de Francisco Gomes de Morais e Maria de Sousa Gomes, residente e domiciliado na rua Filomena Martins Reis, n. 215, bairro São Sebastião, Loreto-MA;

Dos Fatos:

Consta do incluso inquérito policial que a esta serve de peça informativa, que na madrugada do dia 7.11.2009, um grupo de pessoas invadiu um terreno pertencente à ***Associação dos Moradores do Bairro Açucena***, localizado à rua 13, quadra 339, lote 200.

Dos autos, *tomou-se conhecimento que os denunciados se associaram e agiram de forma planejada, tendo como líderes e encabeçadoras da ação a 2ª, a 4ª e a 5ª* ***denunciadas****. A 2ª* ***denunciada*** *foi a responsável pela divisão do lote em pequenas frações entre às famílias participantes da invasão, que passaram a construir barracos de lona, com a finalidade de estabelecer a ocupação.*

Tomou-se conhecimento, ainda, que somente permanecem no local duas famílias, sendo que as outras não ocupam as barracas, pois possuem casa própria em outra localidade e só aparecem esporadicamente para não perderem o terreno. Segundo declarações, o 6º ***denunciado****, representando a Comissão da Pastoral da Terra, juntamente com outros integrantes deste conselho, procurou os ocupantes no dia 11.11.2009, para marcar uma reunião e incentivou-os a permanecerem no terreno.*

> *(...) Que, no dia 11.11.2009, membros da Pastoral da Terra marcaram uma reunião com os ocupantes do terreno na CPT; dando apoio para os ocupadores, dizendo inclusive que eles podiam continuar no terreno.* (Depoimento de Gardênia da Conceição Silva, fls. 14)
>
> *(...) Que no outro dia o interrogado, juntamente com o Sr.* ***Urubatan****, foram ao local para visitar essas famílias e se inteirar da situação.* (Depoimento de Antônio Gomes de Morais, fls. 07)
>
> (...) *Que, no dia 11.11.2009, membros da Pastoral da Terra marcaram uma reunião com os ocupantes do terreno na CPT; dando apoio para os ocupadores, dizendo inclusive que eles podiam continuar no terreno.* (Depoimento de Sirleide Pereira Sousa,, fls. 17)

Ressalta-se o registro de outro fato neste sentido, que recebeu apoio da Pastoral da Terra, fls. 22, demonstrando que esta organização vem agindo de forma irresponsável ao incentivar essas ações, que causam danos irreparáveis aos envolvidos.

A 3ª ***denunciada*** *ocupou a sede construída*, em que se encontravam armazenados os tijolos doados à associação, *dois meses antes da invasão e em reunião da Associação, ficou acertado que ela e sua família poderia permanecer pelo prazo de dois meses e após este prazo desocupariam a referida sede, o que não ocorreu, uma vez que, a denunciada juntou-se aos demais invasores*. Ficou evidenciado através de fotos, às fls. 28-33, que os invasores se apropriaram dos tijolos da associação, utilizando-os em suas instalações,

Conforme relatos de moradores do bairro que moram próximo à área ocupada, os invasores ameaçam a vizinhança deixando-os assustados.

Da Tipicidade:

As condutas perpetradas pelos denunciados, consistente em associarem-se para invadir terreno alheio para o fim de esbulho possessório, encontram nota de tipicidade delitiva nos artigos 161, II e 288 do CPB.

Da Antijuricidade:

Resta evidenciado nos autos que a conduta mencionada não fora perpetrada pelo denunciado em circunstâncias que caracterizem qualquer causa excludente de antijurididdade. Trata-se, assim, de comportamento contrário à ordem jurídica.

Da Culpabilidade:

Resta demonstrado que os ora denunciados são pessoas penalmente imputáveis e, portanto, dotadas de plena capacidade de entender o caráter ilícito de suas condutas e de se determinarem de acordo com esse entendimento, tendo praticado a conduta delituosa de forma consciente e voluntária, com desígnio comum, e em circunstâncias em que lhes era exigível e possível agir com conduta diversa. Revela-se, assim, a presença de justa causa para a respectiva persecução penal (fls. 47-51e).

Como modalidade de delito contra a paz pública, prevê o art. 288 do Código Penal, o crime de quadrilha ou bando: "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos".

A configuração típica do delito deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de, pelo menos, quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes, voltada ao cometimento de delitos, e c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa. Diferentemente do concurso de agentes, que exige, apenas, um ocasional e transitório encontro de vontades para a prática de determinado crime, a configuração do delito de quadrilha pressupõe a estabilidade ou permanência do vínculo associativo, com o fim de prática de delitos.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

> *Habeas corpus*. Formação de quadrilha. Inépcia. Ocorrência. Ausência de indicação do vínculo associativo e do elemento subjetivo especial do tipo (finalidade de cometer crimes). Ordem concedida.
>
> 1. *Para a imputação do crime previsto no art. 288 do Código Penal, o concurso necessário de mais de 3 agentes, de forma permanente, ligados subjetivamente pela vontade consciente de cometerem delitos, como elementares que são do tipo, devem ser demonstradas pelo* parquet *quando do oferecimento da peça acusatória, sob pena não só de inviabilizar o exercício da defesa como, até mesmo, impossibilitar a adequação típica entre a conduta e a norma.*
>
> 2. Na hipótese, *não há na exordial acusatória menção à convergência de vontades direcionada à prática criminosa, o que faz com que ela não atenda as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, notadamente por não conter a exposição clara dos elementos indispensáveis dos fatos tidos como delituosos, pois não demonstra a associação da paciente aos demais correús, tampouco os contornos da conduta que indiquem o preenchimento da elementar subjetiva.*
>
> 3. *Habeas corpus* concedido, a fim de pronunciar a inépcia formal do Aditamento à Denúncia n. 001/2011, e excluir a paciente da ação penal que apura a ocorrência do crime de formação de quadrilha, ratificando-se a liminar anteriormente concedida (STJ, HC n. 207.663-CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 24.4.2012).

Convém registrar que o crime de formação de quadrilha ou bando é delito formal, que se consuma com a reunião ou a associação do grupo, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, e independentemente do cometimento de algum dos crimes acordados pelos membros do bando, tendo

em vista que a convergência de vontades já apresenta perigo suficiente para conturbar a paz pública.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

> Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Ofensa ao art. 381, III e IV, do CP. Insuficiência probatória. Impossibilidade de reexame. Violação ao art. 59 do CP. Dosimetria. Análise fática e probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Afronta ao art. 288 do CP. Inocorrência. Crime continuado. Ficção jurídica x realidade fática. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> 1. Cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, bem como a adequada dosimetria da pena. Inteligência do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.
>
> 2. *Para a configuração do delito do artigo 288 do Código Penal não se faz necessária a efetiva prática de outros crimes a que a quadrilha se destinava, basta a convergência de vontades relacionadas ao cometimento, em tese, de crimes, independentemente do resultado*.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp n. 1.011.795-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 4.4.2011).

Assim, pelo menos em tese, nada impediria que dessa convergência de vontades tivesse decorrido o cometimento de, apenas, um crime de esbulho possessório, o que, contudo, não restou minimamente demonstrado, na inicial acusatória, à míngua de elementos que evidenciassem a existência de vínculo associativo estável e permanente entre os denunciados, com o fito de delinqüir, uma vez que a denúncia limitou-se a consignar que "os denunciados se associaram e agiram de forma planejada", para a prática do delito de esbulho possessório, ressaltando, após, "o registro de outro fato neste sentido, que recebeu apoio da Pastoral da Terra, fls. 22, demonstrando que esta organização vem agindo de forma irresponsável ao incentivar essas ações, que causam danos irreparáveis aos envolvidos" (fl. 49e).

Todavia, a denúncia não esclareceu que outro fato seria esse. Examinando-se os autos, verifica-se – como destaca a PGR –, a existência de uma "Certidão de Ocorrência que veicula comunicação feita por Paulo Eduardo Coelho relatando uma invasão de sua fazenda, situada no Município de Balsas-MA, por um grupo de pessoas com apoio da Pastoral. Todavia, não há qualquer prova de que se trata do mesmo grupo dos autos, tampouco de que haveria participação de membros da Pastoral, pois consigna apenas que 'foi informado por terceiros

que as pessoas que invadiram a fazenda estão sendo apoiados pela pastoral com apoio de padres e freiras (fl. 248)" (fl. 315e).

Com razão, assevera o Ministério Público Federal:

> *O crime de formação de quadrilha tampouco encontra lastro probatório mínimo apto a ensejar a propositura de denúncia. Não restou demonstrado, ainda que perfunctoriamente, o ânimo associativo com caráter estável e permanente visando à prática de delitos.* Cogita-se, de toda sorte, de expediente que perturba a ordem pública apto a configurar ilícito civil.
>
> *O Ministério Público sustenta a caracterização do crime de formação de quadrilha, referindo o registro de outro fato apontado como similar. Consta dos autos da Certidão de Ocorrência que veicula comunicação feita por Paulo Eduardo Coelho relatando uma invasão de sua fazenda, situada no Município de Balsas-MA, por um grupo de pessoas com apoio da Pastoral. Todavia, não há qualquer prova de que se trata do mesmo grupo dos autos, tampouco de que haveria participação de membros da Pastoral, pois consigna apenas que* ***"foi informado por terceiros que as pessoas que invadiram a fazenda estão sendo apoiados pela pastoral com apoio de padres e freiras"*** *(fl. 248)*.
>
> A denúncia deve expor o fato criminoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Esta é uma exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa (HC n. 73.271-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 4.9.1996). *A denúncia, porque não descreve os fatos típicos na sua devida conformação legal, não se coaduna com os postulados básicos do Estado de Direito e viola o princípio da dignidade da pessoa humana* (HC n. 86.000-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 2.2.2007).
>
> Ante tais considerações, opino pela concessão da ordem de *habeas corpus* (fls. 309-315e).

Assim, o reconhecimento da ausência de justa causa para o processamento da Ação Penal, e o seu consequente trancamento, prejudicam a análise da alegação de ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública da data da sessão de julgamento do *Habeas corpus*, impetrado no 2º Grau.

Ante o exposto, não conheço do presente *Habeas corpus*. Concedo, todavia, a ordem, de ofício, com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para declarar extinta a punibilidade dos pacientes, quanto ao delito de esbulho possessório, e reconhecer a inépcia da denúncia, relativamente ao crime de quadrilha, anulando a inicial acusatória da Ação Penal n. 250-53.2010.8.10.0026, em tramitação na 1ª Vara da Comarca de Balsas-MA, por

ausência de justa causa, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida, se for o caso, quanto ao delito de quadrilha, atendidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Após o julgamento, encaminhe-se, imediatamente, cópia do inteiro teor do acórdão ao eminente Ministro Gilmar Mendes, Relator, no STF, do *Habeas corpus* n. 114.039-MA.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 231.566-RJ (2012/0013418-9)

Relator: Ministro Og Fernandes
Impetrante: Vânia Renault B Gomes - Defensora Pública
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Paciente: Gláucia Quintanilha Veríssimo

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus.* Remédio constitucional substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Não conhecimento. Crime de embriaguez ao volante. Delito de perigo abstrato. Desnecessidade de demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Trancamento da ação penal. Impossibilidade.

1. À luz do disposto no art. 105, I, II e III, da Constituição Federal, esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não vêm mais admitindo a utilização do *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal, sob pena de se frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

2. Entretanto, esse entendimento deve ser mitigado, em situações excepcionais, nas hipóteses em que se detectar flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser eliminada, situação inocorrente na espécie.

3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perito abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela simples condução de veiculo automotor em estado de embriaguez.

4. No caso, a paciente foi submetida a teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e ficou constatado que dirigia veículo automotor com concentração alcoólica igual a 0,37 mg/l de ar expelido pelos pulmões, valor este que supera o limite legal. Assim, o fato é típico e não há que se falar em trancamento da ação penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 11 de junho de 2013 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Presidente e Relator

DJe 28.6.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Gláucia Quintanilha Veríssimo, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que a paciente foi indiciada pela suposta prática do delito previsto no art. 306 da Lei n. 9.503/1997, por conduzir veículo automotor embriagada, com concentração alcoólica igual a 0,37 mg/L de ar expelido dos pulmões.

Posteriormente, o *Parquet* requereu o arquivamento do feito, alegando, em síntese, que não vislumbrava perigo concreto de ofensividade à coletividade (e-fls. 15-16).

O Juiz, discordando do pedido de arquivamento, aplicou o artigo 28 do Código de Processo Penal, determinando a remessa dos autos ao Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (e-fl. 17), o qual, acatando os argumentos do Magistrado, designou outro Promotor de Justiça para oferecer denúncia (e-fl. 29), sendo a mesma recebida pelo Juízo de primeiro grau (e-fls. 31-32).

Irresignada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, pleiteando o trancamento da ação penal, mas a ordem foi denegada.

Nesse *writ*, a Defensoria-impetrante pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída à paciente e, consequentemente, a anulação do ato de recebimento da denúncia.

Aduz que o "artigo 306 do CTB não pode ser interpretado (secamente) como delito de perigo abstrato" e "exige mais que uma condição (o estar bêbado), além disso, a comprovação de uma direção anormal (zig-zag, etc...)" (e-fl. 5), não havendo na denúncia descrição de comportamento que ofenda o bem jurídico tutelado.

Requer o reconhecimento da atipicidade da conduta e o consequente trancamento da ação penal.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (e-fls. 117-125).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Nesse sentido, já se têm pronunciado esta Corte e o Supremo Tribunal Federal (*v.g.* HC n. 160.697-SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26.3.2012; HC n. 220.301-TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina TJ-RS, DJe de 19.12.2011; HC n. 200.077-

MS, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17.8.2011; todos do STJ. No STF: HC n. 108.268-MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5.10.2011 e HC n. 110.152-MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22.6.2012, entre outros).

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração. Cabendo ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, inexistente na espécie.

No caso, o acórdão impugnado encontra-se exaustivamente fundamentado e bem resumido em sua ementa, *in verbis* (e-fls. 40-41):

> *Habeas corpus*. Delito de trânsito. Condução de veículo automotor com concentração de álcool no sangue. Ação penal. Trancamento. Falta de justa causa. Não verificação. Atipicidade da conduta. Não ocorrência. Denúncia. Inépcia. Improcedente. Estabelece o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 306, que constitui infração penal "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determnine dependência". Por esta disposição, *está evidenciado que a exposição da segurança viária a risco se configura com a simples condução de veículo automotor na via pública com dosagem de álcool no sangue igual ou superior àquela estabelecida no dispositivo codificado.* ***Assim é porque a infração penal definida na disposição reproduzida é, à evidência, de mera conduta, ou de perigo abstrato, não se exigindo do condutor do veículo automotor qualquer outra conduta para o surgimento de sua responsabilidade criminal, além daquela prevista pelo legislador.*** Com efeito, o crime de perigo abstrato é aquele em que o tipo penal define um comportamento que contêm, em si, perigo de dano ao bem jurídico tutelado, não se exigindo, para o seu aperfeiçoamento, sequer a necessidade de produção de perigo concreto, mesmo que indeterminado, ao citado bem jurídico. Em conseqüência, *ao se lançar a conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, acima daquela estabelecida em lei, o agente desenvolve conduta típica, antijurídica e culpável, devendo, por isso, operar-se a deflagração da ação penal se os elementos colhidos na fase inquisitorial indicarem a presença de justa causa para tanto, como ocorre no caso dos presentes autos*. Contendo a peça acusatória a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a correta nomeação da agente, a sua qualificação, a classificação do crime e o rol de testemunhas, preenche ela as exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal, não podendo, assim, ser tida como inepta. Ordem denegada.

Não merece censura o acórdão impugnado, porque está de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

O crime do art. 306 do Código de Trânsito é de perigo abstrato, pois no tipo penal em questão há somente a descrição da conduta de conduzir veículo sob a influência de álcool, acima do limite permitido, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta.

Assim, para a tipificação do delito, é prescindível a descrição de direção anormal, como em zigue-zague, velocidade excessiva, contramão, etc.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes deste Sodalício:

> Processo Penal. *Habeas corpus*. Impetração assestada contra acórdão de recurso em sentido estrito. Substitutiva de recurso especial. Impropriedade da via eleita. Embriaguez ao volante. Art. 306 do CTB. Crime de perigo abstrato. Demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Dispensabilidade. Constatação, na espécie, por meio de etilômetro, de concentração maior que a permitida por lei. Tipicidade. Ilegalidade patente. Não ocorrência. *Writ* não conhecido.
>
> 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
>
> *2. Segundo entendimento desta Corte, o crime do art. 306 do CTB é de perito abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta.*
>
> *3. Constatado, na espécie, por meio de etilômetro, que o paciente tinha ingerido quantidade de bebida alcoólica maior do que a permitida por lei, à época dos acontecimentos (7,4 decigramas de álcool por litro de sangue), o fato é típico.*
>
> 4. Inexistência de flagrante ilegalidade apta a relevar a impropriedade da via eleita.
>
> 5. Ordem não conhecida.
>
> (HC n. 256.065-RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7.2.2013, DJe 20.2.2013)

> *Habeas corpus*. Crime de embriaguez ao volante. Concentração de álcool no organismo verificada por exame de sangue. Ausência de justa causa para a persecução penal. Não ocorrência. Materialidade comprovada, por critério válido. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Ordem de *habeas corpus* denegada.
>
> 1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Nacional, configura-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior

a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência".

2. Na hipótese dos autos, o Paciente foi submetido a exame de sangue, tendo sido verificada concentração alcoólica superior à que a lei proíbe. Dessa forma, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal.

3. "O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta." (STJ, HC n. 140.074-DF, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 14.12.2009.)

4. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(HC n. 215.415-MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 23.11.2012)

Habeas corpus. Embriaguez ao volante (artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008). Alegação de inconstitucionalidade do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Violação ao princípios da ofensividade. Crime de perigo abstrato. Desnecessidade de comprovação de direção anormal ou perigosa. Existência de justa causa para o prosseguimento da ação penal. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

3. A simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar.

4. Eventual excesso na previsão de condutas incriminadas pela técnica legislativa dos delitos de perigo abstrato deve ser impugnado na via própria, não se admitindo uma exclusão apriorística deste tipo de crime do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de violação ao princípio que proíbe a proteção deficiente.

5. Atualmente, o princípio da proporcionalidade é entendido como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. No primeiro caso, a proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade

das intervenções nos direitos fundamentais, ao passo que no segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela faz com que o Estado seja obrigado a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.

6. O delito de embriaguez ao volante talvez seja o exemplo mais emblemático da indispensabilidade da categoria dos crimes de perigo abstrato, e de sua previsão de modo a tutelar a segurança no trânsito, a incolumidade física dos indivíduos, e a própria vida humana, diante do risco que qualquer pedestre ou condutor de automóvel se submete ao transitar na mesma via que alguém que dirige embriagado.

7. Com o advento da Lei n. 11.705/2008, pretendeu-se impor penalidades mais severas àqueles que conduzem veículos automotores sob a influência de álcool, sendo que o delito de embriaguez ao volante passou a se caracterizar com a simples condução de automóvel com concentração de álcool igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue, não sendo necessário que a pessoa seja surpreendida dirigindo de forma anormal ou perigosa.

8. O crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta daquele que conduz veículo em via pública com a concentração de álcool por litro de sangue maior do que a admitida pelo tipo penal. Precedentes.

9. A ADI n. 4.103-DF, na qual se impugnam vários dispositivos da Lei n. 11.705/2008, dentre os quais o que alterou o artigo 306 da Lei n. 9.503/1997, ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a mencionada legislação continua em vigor, devendo ser aplicada.

10. No caso dos autos, da narrativa contida na inicial acusatória, percebe-se que, num primeiro momento, os fatos atribuídos ao paciente se amoldam ao tipo do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pelo que se mostra incabível o pleito de trancamento da ação penal, medida excepcional, só admitida na via estreita do habeas corpus *quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias não caracterizadas na hipótese em tela*.

11. Ordem denegada.

(HC n. 161.393-MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19.4.2012, DJe 3.5.2012)

Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Embriaguez ao volante. Decreto condenatório transitado em julgado. Impetração que deve ser compreendida dentro dos limites recursais. Crime de perigo abstrato. Inexistência de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada. Ordem denegada.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 28.524-DF (decisão de 22.12.2009, DJE n. 19, divulgado em 1º.2.2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n. 104.767-BA, DJ 17.8.2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à condenação, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. A redação do art. 306 da Lei n. 9.503/1997 dada pela Lei n. 11.705/2008 suprimiu a elementar do tipo "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem", de modo que a mera constatação da condução de veículo automotor em via pública com concentração alcóolica igual ou superior a 6 (seis) decigramas configura o delito.

V. O delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato. Precedentes.

VI. Inexistência, na espécie, de flagrante ilegalidade, nulidade absoluta ou teratologia a ser sanada pela via do *habeas corpus*, caracterizando-se o uso inadequado do instrumento constitucional.

VII. Ordem denegada.

(HC n. 167.882-DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 14.3.2012)

Confira-se, ainda, o posicionamento do Pretório Excelso sobre o tema:

Habeas corpus. Penal. Delito de embriaguez ao volante. Art. 306 do código de Trânsito Brasileiro. Alegação de inconstitucionalidade do referido tipo penal por tratar-se de crime de perigo abstrato. Improcedência. Ordem denegada. *I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado.*

> *Precedente.* III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. *IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.* V - Ordem denegada.
>
> (HC n. 109.269, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27.9.2011, Processo Eletrônico DJe-195 Divulg 10.10.2011 Public 11.10.2011)

Na hipótese dos autos, de acordo com a denúncia ofertada pelo Ministério Público, a paciente estaria conduzindo veículo automotor em via pública com a concentração de álcool superior a 3 décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões (e-fl- 11):

> Consta que a denunciada foi abordada por policiais que realizavam a chamada "Operação Lei Seca" e presa em flagrante, após ter sido constatado, *pelo teste realizado em aparelho de ar alveolar pulmonar, conhecido como "bafômetro", que esta dirigia veículo automotor com concentração de álcool no sangue igual a 0,37 mg/l, valor este que supera o limite legal.*

Essa concentração de álcool está acima do limite máximo estabelecido pelo art. 2º, do Decreto n. 6.488/2008, que regulamentava a matéria até o advento da Lei n. 12.760/2012, *in verbis*:

> Art. 2º. Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei no 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:
>
> I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou
>
> *II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.*

Sendo assim, verifica-se que há na denúncia descrição de fato típico e indícios mínimos suficientes para a persecução criminal, não sendo possível o trancamento da ação.

Ressalte-se que o art. 306 do CTB foi recentemente alterado pela Lei n. 12.760/2012, mas tais modificações em nada afetam o caso, pois continua típica a conduta de "conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que

determine dependência", constatada por "concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar", nos termos do § 1º, inciso I, do mencionado dispositivo.

Desse modo, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 232.232-SP (2012/0019477-6)

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)

Impetrante: João Carlos Pereira Filho

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Paulo Maciel (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Via indevidamente utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Não cabimento. Ausência de ilegalidade manifesta. Homicídio triplamente qualificado. Condenação baseada exclusivamente em provas colhidas no inquérito policial. Não ocorrência. Existência de outros elementos probatórios produzidos em Plenário. Reexame de provas.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* utilizado em substituição ao recurso adequado.

2. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. A regra ínsita no art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos oriundos da fase inquisitorial possam servir de fundamento à sentença, desde que outros elementos colhidos na fase judicial corroborem tal entendimento.

4. No caso concreto, consta dos autos que, em Plenário, foram apresentados não só os depoimentos extrajudiciais, como o laudo necroscópico e informações obtidas mediante oitiva de outras testemunhas. Tais elementos foram considerados suficientes para comprovar a conduta criminosa do acusado, tendo a Corte de origem mantido a sentença porque se coadunava com o conjunto probatório.

5. Chegar a conclusão diversa quanto à idoneidade das provas produzidas em Plenário demandaria incursão no conjunto fático-probatório, o que é incompatível com a via eleita.

6. Além disso, às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são assegurados o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Não se exige motivação das decisões do Conselho de Sentença que são embasadas na íntima convicção ou certeza moral dos jurados.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 6 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

DJe 19.8.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, com pedido de liminar, impetrado em favor de Paulo Maciel, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao apelo defensivo (Apelação n. 99009028233/9).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II, III e IV, do Código Penal, à pena de 17 (dezessete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado. Na ocasião foi-lhe negado o apelo em liberdade.

Inconformado, apelou requerendo a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, sob o fundamento de que o sentenciado permaneceu preso durante todo o tempo em que perdurou o julgamento. No mérito, pleiteava a absolvição, por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pediu a redução das penas, em razão da primariedade e dos bons antecedentes do réu.

Ao feito, como dito, o Tribunal negou provimento.

Transcorrendo *in albis* o prazo para recurso, o feito transitou em julgado.

Neste *writ* o impetrante aponta ofensa ao princípio do contraditório, pois o paciente teria sido condenado com base, unicamente, em elementos amealhados no inquérito policial e não ratificados em juízo - quais sejam, depoimento de Pedro Narciso, Josuel Vieira do Nascimento e Manuel Dias de Almeida.

Ao final, requer a concessão da ordem para absolver o paciente da condenação originária. Subsidiariamente, pugna pela anulação do julgamento e concessão do direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da referida ação penal.

O pedido liminar foi indeferido, pelo então relator do feito Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RJ), em 6.2.2012.

As informações foram prestadas às fls. e-STJ 417-422 e 425-434.

O Ministério Público Federal, às e-fls. 437-444, em parecer do Subprocurador-Geral da República Augusto Aras, opinou pela denegação da ordem. Eis a ementa do parecer:

> Habeas corpus. *Homicídio qualificado, capitulado no art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do CP. Condenação pelo Tribunal do Júri. Arguição de nulidade do feito,*

por violação ao contraditório, sob fundamento de que houve condenação baseada unicamente em provas produzidas em inquérito policial. Inexistência de constrangimento ilegal. Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Íntima convicção dos jurados. Desnecessidade de fundamentação da decisão dos jurados. Precedentes do STJ. Provas testemunhais produzidas em juízo e não só no âmbito do inquérito policial. Parecer pela denegação da ordem. (e-STJ fl. 437).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): Tenho por imperioso reconhecer a inadequação da via eleita, utilizada indevidamente como sucedâneo de revisão criminal, pelo que não se faz merecedora de conhecimento a impetração.

As Turmas julgadoras integrantes da eg. 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça têm sinalizado a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível.

Nesse sentido, são os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal: HC n. 156.087-SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, HC n. 108.715, Rel. Min. Marco Aurélio e HC n. 110.423, HC n. 107.882 e HC n. 108.399, estes da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente.

Afirma o impetrante que a decisão condenatória estaria embasada, unicamente, em elementos obtidos durante o inquérito policial, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa. Sustenta que os elementos produzidos na fase inquisitorial, não foram ratificados em Plenário, mas deles teria se valido o magistrado, ao pronunciar o réu, e o Conselho de Sentença, ao condená-lo (e-STJ fl. 6).

Os recursos eventualmente apresentados contra a sentença condenatória oriunda do Tribunal do Júri estão vinculadas às hipóteses expressamente prevista no art. 593, III e alíneas, do Código de Processo Penal.

Isso significa que eventuais impugnações a decisão do Conselho de Sentença constituem exceções, não sendo admissível fundamentação ampla do recurso.

Assim, o mencionado artigo dispõe, *in verbis*:

> Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> (...)
>
> III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
>
> d) *for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*.

Também em sede de revisão criminal - recurso que o ora *habeas corpus* pretende substituir - é possível a modificar-se a aludida decisão, "quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos" (art. 621 do CPP).

Em ambas as hipóteses as disposições legais devem ser interpretadas como regra excepcional, somente se permitindo a anulação do julgado quando não houver material probatório suficiente para embasar a decisão dos jurados.

Além disso, a regra ínsita no art. 155 do Código de Processo Penal permite que elementos oriundos da fase inquisitorial possam servir de fundamento à sentença, desde que outras provas colhidas na fase judicial corroborem tal entendimento.

A legislação veda apenas *que o magistrado se valha exclusivamente* de dados informativos da investigação, não invalidando o julgado que apresenta provas concretas colhidas sob o crivo do contraditório.

Este tem sido o entendimento desta Superior Corte de Justiça:

> *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Condenação com base em elementos coletados exclusivamente durante o inquérito policial. Art. 155 do Código de Processo Penal. 1. Sigilo das votações. Princípio da íntima convicção. Impossibilidade de identificação dos elementos utilizados pelos jurados para condenar a paciente. 2. Apelação. Art. 593, inciso III, alínea **d**, do Código de

Processo Penal. Juízo de constatação. Decisão que encontra arrimo nas provas produzidas em juízo. Constrangimento ilegal. Inexistência. 3. Ordem denegada.

1. A Lei n. 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio "exclusivamente", permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova - produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação.

Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação.

2. Os jurados julgam de acordo com sua convicção, não necessitando fundamentar suas decisões. Em consequência, é impossível identificar quais elementos foram considerados pelo Conselho de Sentença para condenar ou absolver o acusado, o que torna inviável analisar se o veredicto baseou-se exclusivamente em elementos coletados durante a investigação criminal ou nas provas produzidas em juízo.

3. O art. 593, inciso III, alínea **d**, do Código de Processo Penal deve ser interpretado como regra excepcional, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados. De efeito, em casos de decisões destituídas de qualquer apoio na prova produzida em juízo, permite o legislador um segundo julgamento. Prevalecerá, contudo, a decisão popular, para que fique inteiramente preservada a soberania dos veredictos, quando amparada em uma das versões resultantes do conjunto probatório.

4. No caso, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao manter a condenação da paciente, externando a sua convicção acerca dos fatos narrados na inicial acusatória, baseou-se não só nos elementos de informação colhidos durante a investigação. Apontou, também, depoimentos coletados durante a instrução criminal, que constituem fonte idônea de convencimento.

5. O *habeas corpus* é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de situações que, ainda que existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas. Deveras, deve-se verificar a alegação de que os depoimentos coletados durante a instrução criminal "não servem à prova fiel e cabal da participação da paciente nos fatos narrados na denúncia" no juízo de maior alcance - o juízo de revisão criminal.

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 173.965-PE, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29.3.2012)

(...)

II. *Consoante a jurisprudência do STJ, "não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória. Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal"* (STJ, HC n. 115.255-MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 9.8.2010).

(...)

VI. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 277.963-PE, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 7.5.2013)

Habeas corpus. Roubo qualificado pelo resultado (lesão grave). *Writ* substitutivo de recurso especial. Desvirtuamento. Impossibilidade. Precedentes. Condenação baseada exclusivamente em provas colhidas no inquérito policial. Não ocorrência. Existência de conteúdo probatório levado ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Manifesto constrangimento ilegal não evidenciado.

(...)

3. É vedada a condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial, consoante o disposto no art. 155, caput*, do Código de Processo Penal.*

4. Na espécie dos autos, verifica-se que a Corte estadual considerou comprovada a autoria do paciente, condenando-o pelo delito previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal também com base em depoimentos de testemunhas ouvidas na fase judicial.

5. Ainda que o Tribunal de origem tenha feito menção a um ou outro depoimento colhido na fase do inquérito policial e eventualmente não reproduzido em juízo, tal circunstância não é suficiente para desconstituir o acórdão condenatório proferido em desfavor do paciente, uma vez que essas declarações extrajudiciais foram confrontadas com as demais provas colhidas judicialmente, submetidas, portanto, ao crivo do contraditório.

6. Maiores incursões na dosagem das provas constantes dos autos para concluir sobre a viabilidade ou não da condenação do paciente é questão que esbarra na própria apreciação de possível inocência, matéria que não pode ser dirimida na via estreita do *habeas corpus*, de cognição sumária, porquanto exige o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 245.065-PR, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 17.4.2013)

> Condenação baseada exclusivamente em elementos informativos colhidos no inquérito policial. Não ocorrência. Inexistência de nulidade.
>
> 1. *Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.*
>
> (HC n. 174.849-RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14.2.2012, DJe 29.2.2012)

No caso concreto, ao julgar o apelo defensivo, o Tribunal de Justiça examinou provas e entendeu que a decisão dos jurados não fora manifestamente contrária à prova dos autos.

Para bem esclarecer, transcrevo o seguinte excerto, *in verbis*:

> O Conselho de Sentença, por maioria de votos, reconheceu a responsabilização penal do apelante, condenando-o pela prática do homicídio triplamente qualificado (fls. 624).
>
> Interrogado em Plenário, o apelante negou qualquer vinculação ao delito, sob a justificativa de que estava bem longe do lugar em que a vítima foi morta. Disse, também, que confessou na Delegacia de Polícia porque foi torturado (fls. 618).
>
> As escusas oferecidas pelo apelante divergem da realidade dos fatos, sendo certo que existem ele- mentos informativos mais que suficientes para justificar a decisão condenatória firmada pelo Tribunal Popular.
>
> Pedro Narciso, em seu depoimento extrajudicial, informou que o apelante lhe mostrou a cobra com que iria matar a vitima. Explicou que a vítima cortava capim com a picadeira quando o apelante empurrou-a ao solo, posicionando para estrangular o vitimado, vindo a matá-la, momento em que pegou a gaiola, segurou a cobra que estava em seu interior, fez com que a mesma picasse o ofendido, soltando-a ao seu redor (fls. 202-204).
>
> O menor Josuel Vieira do Nascimento, em seu depoimento extrajudicial, conferiu maiores detalhes sobre o modo pelo qual a vitima prendeu a cobra dentro da gaiola (fls. 205).
>
> A testemunha Manuel Dias de Almeida informou que foi o comparsa Paulo quem lhe confidenciou os detalhes sobre a morte da vítima (fls. 27).
>
> O testemunho de João Roberto Cicanci, colhido em Juízo, esclarece que presenciou discussão envolvendo a vitima e o apelante, nos dias que antecederam o fato criminoso (fls. 168).
>
> A testemunha Ednaldo, em depoimento judicial, informou que os envolvidos atuavam como seus funcionários, sendo que teve conhecimento de que o apelante pretendia matar a vítima (fls. 170).

> O laudo necroscópico discriminou como causa do evento morte a asfixia traumática por esganadura com presença de hematoma e fratura de cricoide (fls. 219).
>
> Pela análise da essência dos elementos informativos, tem-se a certeza de que os Jurados optaram pela versão que melhor se amolda ao caso concreto.
>
> Nessa esteira, a pretendida absolvição deve ser descartada, pois a soberania do Tribunal Popular confere ao Conselho de Sentença a opção pelo acolhimento da solução que entender coerente com realidade fática. Foi o que se sucedeu no caso concreto. (e-STJ fls. 398-399).

Da atenta leitura do acórdão infere-se que, em Plenário, foram apresentados não só os depoimentos extrajudiciais, como o laudo necroscópico e as informações obtidas mediante oitiva de outras testemunhas. Tais elementos foram considerados suficientes para comprovar a conduta criminosa do acusado, tendo a Corte de origem mantido a sentença porque se coadunava com o conjunto probatório.

Chegar a conclusão diversa quanto à idoneidade das provas produzidas em Plenário, demandaria incursão no conjunto fático-probatório, o que é incompatível com a via eleita.

Nesse sentido:

> *Habeas corpus*. Tribunal do Júri. Apelação. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Exame aprofundado da prova.
>
> 1. "(...) A possibilidade de interposição de recurso de apelação, pela alínea **d**, do inciso III, do art. 593, do CPP, quando a decisão do Júri for manifestamente contrária à prova dos autos, não fere o princípio da soberania dos veredictos, *apresentando-se o* habeas corpus *como via inadequada para se aferir se de fato a espécie se subsume ao preceito legal mencionado, pois demanda dilação probatória, não condizente com o restrito âmbito de conhecimento do* writ" (HC n. 16.212-RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 8.10.2001).
>
> (...)
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (HC n. 21.767-SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 18.3.2004)

Além disso, importa esclarecer que às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri são assegurados o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, tratando-se de exceção à regra contida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Não se exige motivação das decisões do Conselho de Sentença que são embasadas na íntima convicção ou certeza moral dos jurados. Por tal

razão, torna-se inviável analisar se o veredicto baseou-se exclusivamente em elementos amealhados no decorrer do procedimento investigatório ou nas provas produzidas em juízo.

Assim, é suficiente a comprovação de que na fase judicial foi apresentado conjunto probatório hígido, capaz de ensejar uma condenação.

Por fim, no que se refere ao argumento de que a decisão de pronúncia também estaria maculada, incide na espécie a preclusão, dado que não houve por parte da defesa qualquer insurgência quanto à suposta nulidade em nenhuma das fases da ação penal, a qual inclusive transitou em julgado.

Ante o exposto, não conheço da impetração.

É como voto.

Tendo em vista o contido no Ofício n. 2.639/R, do Supremo Tribunal Federal (fls. e-STJ 481), oficie-se ao e. Ministro Celso de Mello, comunicando o julgamento deste *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 262.199-BA (2012/0272702-3)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Alan de Almeida Coutinho
Impetrante: Paulo Sérgio Dias Nunes
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Paciente: Jeosival Braz da Conceição (preso)

EMENTA

Processo Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Tentativa. Pronúncia. Prisão provisória. Objeto de anterior *mandamus*. Recurso em sentido estrito. Eiva na intimação para a sessão de julgamento. Ausência de comprovação. Publicação do acórdão em nome de advogado falecido. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Nulidade.

Desconstituição do trânsito em julgado. Incidência. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido.

1. A fundamentação e o excesso de prazo na segregação cautelar do paciente já foram objeto de *mandamus* impetrado em data anterior ao ora em apreço, não merecendo, nesse particular, conhecimento.

2. A aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido acerca da nulidade da intimação do anterior patrono para a sessão de julgamento do recurso é obstaculizada em virtude da inexistência nos autos de documentação comprobatória suficiente. Ademais, até a data do efetivo julgamento o primevo causídico estava em gozo das suas funções vitais.

3. Ocorre cerceamento de defesa, ensejador de nulidade absoluta, na hipótese de intimação do acórdão do recurso em sentido estrito em nome do falecido procurador do réu, único advogado constituído para representá-lo nos autos, o que impossibilitou o manejo do recurso cabível e implicou na certificação do trânsito em julgado, em prejuízo à defesa do paciente.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para desconstituir o trânsito em julgado do acórdão do recurso em sentido estrito e anular o processo a partir da intimação do referido aresto, determinando-se a intimação do paciente a fim de que constitua novo procurador, cujo nome deverá constar da nova publicação do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa extensão, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 2 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 10.5.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Jeosival Braz da Conceição*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Recurso em Sentido Estrito n. 0002632-81.2011.8.05.0039).

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, no dia 6.3.2011, por infração ao disposto no art. 121 c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal (Processo n. 0002632-81.2011.8.05.0039, da Vara Criminal da Comarca de Camaçari-BA).

Sobreveio decisão na data de 20.7.2011, na qual o acusado restou pronunciado, nos termos da exordial acusatória, sendo-lhe mantida a segregação cautelar.

Irresignada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, cujo provimento foi negado pelo Tribunal baiano em 14.6.2012. Eis a ementa do julgado (fls. 297-298):

> Direito Processual Penal. Recurso, em sentido estrito. Recorrente pronunciado como incurso, nas sanções, do art. 121, *caput*, c.c. o art. 14, II, do CPB. Absolvição sumária, face à legitima defesa. Não acolhimento. Excludente de ilicitude não comprovada, límpida e inequivocamente, nos autos. Impossibilidade de subtrair o acusado a julgamento pelo Tribunal do Júri, consoante regra do artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal. Pleito de revogação da prisão preventiva. Não acolhimento.
>
> I. Neste *atrium* procedimental, comprovada a materialidade delitiva e havendo suficientes indícios de autoria, em regra, o acusado há de ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, juiz natural dos delitos dolosos contra a vida.
>
> A absolvição sumária, decorrente do reconhecimento de legítima defesa, mostra-se cabível, apenas, nas hipóteses em que estiver comprovada, de plano, a pré-aludida excludente de ilicitude.
>
> *In casu*, da leitura acurada dos autos, infere-se que a configuração da tese de legítima defesa não é induvidosa, a ponto de poder ser proclamada, nesta fase procedimental, sob pena de se usurpar a competência constitucional do Tribunal Popular.

> II. Quanto ao pleito de liberdade, formulado pelo recorrente, compulsando-se os autos, verifica-se que a julgadora de primeiro grau manteve a sua custódia, ao fundamento de que persistiria a necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista o risco de nova investida contra a vítima, contra a qual já havia investido, resguardando, deste modo, a sua integridade física durante o julgamento do feito, sendo, outrossim, dever do Judiciário evitar que haja novas agressões por parte do recorrente, contra a vítima. Confira-se trecho do *decisum*, à fl. 169:
>
> > A prisão em flagrante do réu foi convertida em preventiva para garantia da ordem pública, especialmente pelo risco de nova investida contra a vítima, relatado às fls. 55 do auto de prisão em flagrante. O réu, em tese, em liberdade poderá encontrar oportunidade para tentar ceifar novamente a vida da vítima, o que também já autoriza a decretação da medida.
>
> Portanto, a necessidade de salvaguardar a ordem pública estaria justificada, por demais, na hipótese dos autos, face ao *modus operandi* do agente, indicativo de real periculosidade, tornando-se necessária a manutenção de sua custódia.
>
> III. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo improvimento da insurgência.
>
> IV. *Recurso conhecido e improvido*.

Ocorreu o trânsito em julgado recursal em 9.7.2012 (fl. 308).

No presente *writ*, os impetrantes alegam a ocorrência de nulidade absoluta no julgamento do recurso defensivo, eis que "o paciente era patrocinado por único advogado, e o mesmo não foi intimado da data da sessão do julgamento, o que impossibilitou a defesa, sobremaneira, sustentar oralmente, bem como entregar os memoriais naquela sessão" (fl. 4).

Defendem que, "não bastasse a ausência de intimação da defesa para sessão do julgamento, o único advogado constituído nos autos, faleceu, pasmem, no dia do julgamento do recurso em sentido estrito, qual seja, 14.6.2012, dessa forma não houve intimação da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o que mais uma vez torna eivada de vício a decisão" (fl. 4).

Invocam o princípio da ampla defesa.

Sustentam, ainda, a incidência de letargia processual, pois "o paciente encontra-se encarcerado provisoriamente há quase dois anos e ainda não foi iniciada a fase de julgamento pelo Tribunal do Júri, não tendo inclusive data de quando ocorrerá a audiência de julgamento" (fl. 17).

Mencionam que mesmo após a decisão de pronúncia é possível o reconhecimento do excesso de prazo.

Apontam, inclusive, a ausência de fundamentação idônea para a prisão preventiva.

Enaltecem que o acusado é primário, possuidor de residência fixa no distrito da culpa, conduta ilibada e labor lícito.

Ponderam que o paciente não ameaçou testemunhas ou criou obstáculos ao andamento processual.

Aduzem a possibilidade de se impor medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Afirmam que o réu somente se defendeu de uma agressão injusta e gratuita da suposta vítima.

Citam o princípio da presunção da inocência.

Requerem, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente e a declaração de "nulidade absoluta do julgamento do recurso em sentido estrito, com a consequente intimação dos novos advogados para participação da sessão de julgamento e apresentar recursos eventualmente cabíveis" (fl. 25).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 375-376), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 420-450, e ao Juízo de origem, trazidas às fls. 387-406 e 453-466.

Opostos embargos de declaração, restou rejeitado às fls. 415-416.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Carlos Pedro Henrique Távora Niess (fls. 467-472), pelo não conhecimento do *writ*.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal estadual dão conta de que, interposto recurso em sentido estrito e em sendo o seu provimento foi negado, o feito foi remetido para a vara de origem, com o advento do trânsito em julgado em 5.11.2012 (fls. 384-386 e 387-388).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, cumpre ressaltar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n. 234.938-BA, impetrado em prol do mesmo ora paciente, insurgindo-se

contra a custódia cautelar, sob as alegações de ausência de fundamentação e excesso de prazo. O *mandamus* não foi conhecido.

De se notar que a questão acerca da prisão provisória do paciente já foi objeto de deliberação desta Corte nos autos do supracitado *writ*, não devendo, pois, ser conhecida a matéria no presente *habeas corpus*.

No tocante à alegação sobre a nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, ressuma dos autos que o único defensor do paciente, Dr. Aristóteles Gomes Tardin (fl. 23), faleceu em 14.6.2012, às 23h20min (fl. 27), e que o recurso em sentido estrito interposto pelo referido patrono em 27.2.2011 (fl. 284), foi julgado em 14.6.2012, antes do seu óbito.

Ocorre, contudo, que, não tendo sido informada, nos autos da ação penal, a ocorrência do superveniente falecimento do patrono do réu, certificou-se o trânsito em julgado para a defesa em 9.7.2012 (fl. 308), em virtude da ausência de interposição de recurso em face do aresto prolatado. Apenas em 21.11.2012 o paciente constituiu novos patronos (fl. 26).

Ao que se me afigura, não há falar em nulidade pela ausência de intimação do advogado constituído à sessão de julgamento do recurso em sentido estrito. A uma porque a atual defesa não logrou comprovar a não publicação da intimação do anterior patrono para a sessão.

Cumpre salientar que cabe ao impetrante a apresentação de dados que comprovem, de plano, os argumentos vertidos na ordem.

Sobre a conveniência da plena instrução da petição inicial, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes prelecionam:

> Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (Recursos no Processo Penal, 4ª ed rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

A duas porque até a data do efetivo julgamento do recurso, o primevo causídico estava em gozo das suas funções vitais, de acordo com a certidão de óbito acostada à fl. 27.

Quanto à eiva na publicação do acórdão, não se desconhece a existência de julgados da colenda Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em nulidade da publicação, em decorrência do anterior falecimento do advogado que representava o paciente, se não houve a comunicação do óbito ao Juízo ou Tribunal.

Nesse sentido, vejam-se estes precedentes:

> *Habeas corpus* liberatório. Roubo circunstanciado em concurso formal. Pena total: 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão. Regime inicial fechado. Cerceamento de defesa inexistente. Publicação do resultado do julgamento da apelação em nome de advogado falecido. Ausência de comunicação ao juízo ou ao tribunal. Inocorrência de nulidade. Precedentes. Circunstâncias judiciais favoráveis. Gravidade em abstrato do delito. Ilegalidade do regime mais gravoso. Precedentes do STF e STJ. Ressalva do ponto de vista do relator. Parecer do MPF pela parcial concessão do *writ*. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.
>
> 1. Se o falecimento do Advogado que representava o paciente durante o trâmite da Apelação não foi comunicado ao Juízo ou ao Tribunal, não se reconhece qualquer nulidade pela publicação do resultado do referido julgamento em seu nome. Precedentes do STJ.
>
> 2. As doutas Cortes Superiores do País (STF e STJ) já assentaram, em inúmeros precedentes, que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, é incabível o regime prisional mais gravoso (Súmulas n. 718 e n. 719 do STF). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.
>
> 3. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.
>
> 4. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.
>
> (HC n. 101.598-SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 2.3.2010, DJe 26.4.2010)

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Alegação de cerceamento de defesa. Publicação sobre o julgamento do recurso em nome do advogado falecido. Ausência de comunicação ao juízo do falecimento. Inocorrência de nulidade.
>
> Não se acolhe a alegação de nulidade por cerceamento de defesa, ainda que a publicação acerca do julgamento do feito tenha se dado no nome do falecido causídico, se seu falecimento não foi devidamente comunicado ao Juízo (Precedentes do STF e do STJ).
>
> *Writ* denegado.

> (HC n. 64.838-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 16.8.2007, DJ 12.11.2007, p. 244)

Com a devida vênia do referimento entendimento, creio ser evidente a ocorrência de nulidade absoluta, por cerceamento de defesa, em hipóteses como a presente.

É que a intimação do acórdão em nome do falecido procurador do réu, único advogado constituído para representá-lo nos autos, mostrou-se inteiramente ineficaz e impossibilitou o manejo do recurso cabível, considerando que foi mantida a sentença condenatória, o que implicou na certificação do trânsito em julgado, em prejuízo à defesa do paciente.

Além disso, em sendo reconhecida a inutilidade da intimação de advogado já falecido, por meio de publicação no Diário de Justiça, deve também ser reconhecida a ocorrência de ofensa ao disposto no artigo 564, III, **o**, que prevê nulidade por falta de intimação para ciência de decisão de que caiba recurso:

> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
>
> (...)
>
> o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso.

Sobre o tema, cumpre ainda ressaltar que há também julgado da Quinta Turma que concluiu pela ocorrência de nulidade, por prejuízo à defesa do paciente, da intimação de advogado já falecido para o julgamento de apelação em que se manteve a condenação imposta:

> *Habeas corpus* liberatório. Homicídio qualificado. Paciente condenado a 12 (doze) anos de reclusão. Apelo em liberdade. Advogado constituído. Falecimento. Intimação para a sessão de julgamento da apelação criminal. Desprovimento do recurso, com o trânsito em julgado da condenação. Determinação de recolhimento à prisão, para início da execução da pena. Nulidade. Precedentes deste STJ. Ordem concedida.
>
> 1. Conforme pacífica orientação desta Corte Superior, a ausência de intimação válida da defesa para a sessão de julgamento da apelação criminal importa em nulidade insanável, passível de correção pela via do *Habeas Corpus*.
>
> 2. No caso em exame, houve a intimação do então advogado do paciente, para o julgamento da Apelação Crime n. 2000.0150.3674-0/1, por força de

publicação no Diário de Justiça do Estado do Ceará em 31.3.2005. Todavia, noticia a impetração o falecimento do referido causídico, em 18.2.2004, conforme cópia da certidão de óbito juntada aos presentes autos.

3. A intimação do advogado já falecido consubstancia efetivo prejuízo à defesa do paciente, mormente porque, desprovido o recurso, ficou mantida a condenação anteriormente imposta.

4. Foi garantido ao paciente o apelo em liberdade; todavia, com o desprovimento do recurso e o trânsito em julgado da condenação, houve a determinação de seu recolhimento à prisão, para o início da execução da pena.

5. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

6. Ordem concedida, para declarar a nulidade do julgamento da Apelação Criminal n. 2000.0150.3674-0/1 e de todas as conseqüências dele decorrentes, com a revogação da prisão - se por outro motivo não estiver preso -, determinando-se a baixa dos autos ao Tribunal de origem, para a renovação do julgamento, observada a prévia intimação do defensor constituído.

(HC n. 84.181-CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 3.4.2008, DJe 28.4.2008)

Habeas corpus. Processo Penal. Recurso em sentido estrito. Intimação para a sessão de julgamento em nome de advogado falecido. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Nulidade absoluta. Prejuízo efetivo. Ordem concedida.

1. A ausência de intimação válida da defesa para a sessão de julgamento do recurso em sentido estrito acarreta nulidade absoluta, por falta de defesa técnica.

2. No caso em apreço, a intimação acerca da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito, bem como de seu resultado, foi feita apenas em nome do único advogado constituído, falecido quase dois anos antes, consubstanciando efetivo prejuízo à defesa do paciente, mormente porque, desprovido o recurso, ficou mantida a decisão de pronúncia.

3. *Habeas corpus* concedido para anular o processo desde o julgamento do recurso em sentido estrito, devendo os novos patronos do paciente ser intimados da data da sessão de julgamento.

(HC n. 135.825-SP, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Quinta Turma, julgado em 21.6.2012, DJe 2.8.2012)

Confiram-se, ainda, os seguintes arestos da Sexta Turma desta Corte:

Habeas corpus. Penal. Apelação. Publicação do acórdão em nome de advogada falecida. Prejuízo à defesa. Desconstituição do trânsito em julgado. Reabertura do prazo recursal.

1. Ocorrida a publicação do acórdão da apelação em nome de advogada já falecida, revela-se manifesto o prejuízo advindo à defesa do paciente, impossibilitado de interpor o recurso cabível à espécie. Tratando-se da única subscritora da petição do recurso de apelação, encontrava-se o paciente, em razão do falecimento de sua patrona, desprovido de defesa. Cabimento do pedido de reabertura do prazo recursal e cancelamento da certidão de trânsito em julgado. Precedentes.

2. Pedido de contramandado de prisão indeferido, tendo em vista que o paciente foi condenado por crimes graves - dois roubos praticados com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes -, estando a periculosidade evidenciada pelo *modus operandi*. Ressaltado também que, determinada a expedição do mandado de prisão em abril de 2009, não teria sido cumprido até a última informação constante dos autos, razão pela qual se denota o desrespeito à decisão judicial, bem como o risco à garantia da aplicação da lei penal.

3. Ordem conhecida e parcialmente concedida para determinar a republicação do acórdão da apelação em nome de advogado regularmente constituído.

(HC n. 226.673-SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4.9.2012, DJe 24.9.2012)

Penal. *Habeas corpus*. Julgamento da apelação. Publicação do acórdão em nome de advogado falecido. Cerceamento de defesa. Ocorrência. Nulidade. Desconstituição do trânsito em julgado.

1. Há nulidade absoluta, por cerceamento de defesa, na hipótese de intimação do acórdão da apelação em nome do falecido procurador do réu, único advogado constituído para representá-lo nos autos, o que impossibilitou o manejo do recurso cabível e implicou na certificação do trânsito em julgado, em prejuízo à defesa do paciente.

2. *Habeas corpus* concedido para desconstituir o trânsito em julgado do acórdão da apelação e anular o processo a partir da intimação do referido aresto, determinando-se a intimação do paciente a fim de que constitua novo procurador, cujo nome deverá constar da nova publicação do julgado.

(HC n. 201.883-PE, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 19.4.2012, DJe 30.4.2012)

Saliente-se, por oportuno, que o fato de o réu não ter comunicado a morte de seu procurador ao Juízo de origem ou à Corte Estadual não é hábil a suplantar referida nulidade.

Nessa linha de raciocínio, aliás, este Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou a tese, no julgamento de causas cíveis, que "a morte do procurador de uma das partes suspende o processo no exato momento em que ocorreu,

mesmo que o fato não tenha sido comunicado ao juiz da causa, sendo nulos os atos praticados posteriormente" (AgRg na AR n. 2.995-RS, Rel. Ministro *Gilson Dipp, Terceira Seção*, julgado em 10.3.2004, DJ 19.4.2004, p. 151).

Desse modo, reconhecida a ocorrência de nulidade absoluta por cerceamento de defesa, deve ser desconstituído o trânsito em julgado certificado nos autos e anulado o processo desde a publicação do acórdão do recurso em sentido estrito, determinando-se a intimação do réu a fim de que constitua novo procurador.

Ante o exposto, *conheço em parte* do *writ* e, nessa extensão, *concedo* a ordem para desconstituir o trânsito em julgado do acórdão do Recurso em Sentido Estrito n. 0002632-81.2011.8.05.0039 e anular o processo a partir da intimação do referido aresto, determinando-se a intimação do paciente a fim de que constitua novo procurador, cujo nome deverá constar da nova publicação do julgado.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 266.426-SC (2013/0070770-4)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Impetrante: Vanderlei José Follador
Advogado: Vanderlei José Follador e outro(s)
Impetrante: Anderson Pierri Weiler
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Alvari Schmoller
Paciente: Eleci Inez de Bona

EMENTA

Penal. *Habeas corpus*. Falsidade ideológica. Prévio *mandamus* denegado. Presente *writ* substitutivo de recurso ordinário. Inviabilidade. Via inadequada. Registro civil em duplicidade. Nascimento alegado em dois países diversos. Busca da dupla cidadania. Extinção da

punibilidade. Prescrição. Inocorrência. Trancamento da ação penal. Conhecimento posterior da indevida conduta. Consequente ingresso de ação anulatória pelos acusados. Boa-fé. *Duty to mitigate the loss.* Ação penal. Afetação ao bem jurídico tutelado. Não incidência. Princípio da ofensividade. Atipicidade da conduta. Ocorrência. Flagrante ilegalidade. Existência. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Os pacientes registraram em duplicidade o nascimento do filho, em países diversos, crendo que com a conduta regularizariam a dupla cidadania do seu rebento, sendo que, ao serem posteriormente informados do caráter indevido do ato, ingressaram com uma ação anulatória de registro civil para regularizar a situação, o que trouxe ao conhecimento do órgão ministerial a *quaestio* e motivou a exordial acusatória.

3. Não há falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, eis que inexistiu decurso temporal superior ao previsto em lei, pois o termo inicial para a contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do artigo 111, inciso IV, do Código Penal.

4. De se invocar, no caso, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes; destacando-se, dentre os seus subprincípios, o *duty to mitigate the loss*.

5. Na espécie, existe manifesta ilegalidade, visto que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes para regularizar a situação, em franca atitude de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso - *duty to mitigate the loss.*

6. Acura-se dos autos a ausência da afetação do bem jurídico tutelado, fé pública, ensejando, portanto, a atipicidade da conduta dos pacientes, em atenção ao princípio da ofensividade.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de, reconhecendo a atipicidade da conduta, trancar a ação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 7 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 14.5.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Alvari Schmoller* e *Eleci Inez de Bona*, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (HC n. 2012.075591-3).

Consta dos autos que os pacientes são genitores de M. S. de B., que requereu a nulidade de seu registro de nascimento, pois foi feito em duplicidade, no Paraguai e, posteriormente, no Brasil.

O Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Francisco Beltrão-SC deferiu o pleito, em 20.7.2010, a fim de anular o registro brasileiro - Ação Anulatória n. 4904-41.2010.8.16.0083 (fls. 13-15).

Na data de 10.7.2012, o Ministério Público estadual ofereceu denúncia nestes termos (fls. 20-21):

> (...)
>
> No dia 22 de julho de 1996, os denunciados Alvari Schmoller e Eleci Inez de Bona fizeram inserir declaração falsa em documento público (certidão de

> nascimento em assento de registro civil - fl. 13), a fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, no sentido de que M. de B. S., filho dos denunciados, teria nascido em domicílio no município de São José do Cedro e que residiam no município, quando na verdade o infante nascera em Naranjal, Paraguai (fl. 15).
>
> Assim agindo, Alvari Schmoller e Eleci Inez de Bona incidiram nas sanções do art. 299, *caput,* c.c. parágrafo único, do Código Penal Brasileiro (...)

Requestando o reconhecimento da prescrição e o trancamento da ação penal, a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi denegada pelo Tribunal de origem. Eis o teor do julgado prolatado em 20.11.2012 (fls. 24-26):

> (...)
>
> Primeiramente, os impetrantes argumentam que os fatos apurados foram atingidos pela prescrição. Porém, outra é a conclusão alcançada.
>
> Isso porque a denúncia claramente se referiu à falsificação de assentamento de registro civil, tanto que subsumiu os fatos ao art. 299, *caput*, c.c. o parágrafo único, do Código Penal.
>
> Daí o termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença para começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. Veja-se: "nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido" (art. 111, IV, do CP).
>
> Essa excepcionalidade se dá porque em delitos dessa natureza "o sujeito cerca-se de cuidados para encobrir sua ocorrência. Se a prescrição tivesse curso a partir de sua consumação, a maioria de seus autores ficaria impune" (JESUS, Damásio de. Prescrição Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70).
>
> Em outras palavras, "São crimes difíceis de ser descobertos, de modo que, se a prescrição começasse a correr a partir da consumação, o Estado perderia sempre o direito de punir" (Capez, Fernando. Curso de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 618).
>
> Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:
>
> (...)
>
> Logo, não se vislumbra, ao menos por ora, a prescrição da pretensão punitiva do Estado como requerem os impetrantes. Registra-se, em que pese a ausência da data efetiva do conhecimento do crime, presume-se que o fato tornou-se conhecido em 10.7.2012. quando foi oferecida a denúncia.
>
> No mais, os impetrantes argumentam constragimento ilegal, pois inexiste justa causa para a propositura da ação penal. Para tanto sustentam ausência de dolo, irrelevância jurídica da conduta e, por fim, pleiteam a aplicação do princípio da insignificância ao caso.

> (...)
>
> Ocorre que a hipótese exige análise aprofundada de provas, particularidade que, certamente, escapa aos fins da via eleita. Em outras palavras, é entendimento desta Corte que o *habeas corpus* não se traduz no meio apropriado para a discussão de matéria que demande apreciação probatória.
>
> (...)
>
> Demais disso, ao contrário do que sustentam os impetrantes, observa-se a ocorrência de justa causa para a deflagração da ação penal, pois é possível perceber que há, em princípio, demonstração suficiente da materialidade do crime e indícios de autoria, conforme se infere dos elementos descritos na denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público, bem como dos documentos acostados.
>
> Sobre a inviabilidade de trancamento da ação penal, retira-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:
>
> (...)
>
> Logo, o presente *habeas corpus* não é o meio adequado para discutir as questões combatidas, de modo a ensejar, na fase que os autos permite, o trancamento da ação penal ou reconhecimento da atipicidade da conduta, porque exigem aprofundada análise de ocorrência, ou não, de seus requisitos.
>
> (...)
>
> Nessa compreensão, vota-se pela denegação da ordem.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 27-32).

No presente *mandamus*, sustenta o impetrante que os acusados buscavam apenas a dupla cidadania do filho, não tendo conhecimento que praticavam com o registro dúplice qualquer ato ilegal.

Defende que "a boa-fé dos paciente salta aos olhos, a ponto de no ano de 2010 terem promovido uma ação anulatória do registro de nascimento (...), após tomarem conhecimento junto ao consulado brasileiro de que o procedimento anterior não correspondia a um processo de dupla cidadania" (fl. 2).

Enfatiza que a exordial acusatória não declina qual o dia em que o fato se tornou conhecido, sendo cabível, portanto, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, eis que não incide no caso o artigo 111, inciso IV, mas sim o inciso I do mesmo dispositivo do Código Penal, cujo termo inicial previsto é a data em que o crime se consumou, dia 22.7.1996, quando foi lavrada a escritura pública.

Complementa asserindo que já transcorreu, portanto, lapso temporal superior aos 12 (doze) anos para o reconhecimento da prescrição.

Alega, ainda, falta de justa causa para a ação penal, por ausência do elemento subjetivo dolo, acarretando a atipicidade formal.

Consigna que os próprios pacientes, representando o filho, requestaram a anulação do documento de registro civil, visto que apenas pretendiam dar-lhe anteriormente uma dupla cidadania e não infringir a lei.

Ademais, salienta incidir o princípio da insignificância na espécie, pois a conduta dos agentes não é socialmente reprovável.

Destaca que a própria denúncia não explicitou qual a relevância jurídica ou quais os eventuais prejuízos do ato.

Requer, liminarmente e no mérito, seja declarada extinta a punibilidade pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em abstrato ou, subsidiariamente, seja constatada a falta de justa causa para a ação penal, "determinando-se o trancamento da ação penal deflagrada contra os pacientes, por atipicidade formal subjetiva (ausência de dolo), ou atipicidade material (insignificância ou irrelevância)" (fl. 11).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 42-45), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, prestadas às fls. 49-72, e ao Juízo de origem, acostadas às fls. 74-76.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer do Subprocurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros (fls. 80-84), pelo não conhecimento do *writ*, caso conhecido, pela denegação da ordem.

Notícias colhidas na origem dão conta de que os acusados foram citados por edital (fl. 87), eis que não localizados anteriormente. Impetrado o HC n. 2013.005148-5, pleiteando "a nulidade da citação, formalizada por edital, uma vez que os pacientes teriam endereço certo no Paraguay, conforme indicado na própria denúncia", o Tribunal estadual denegou a ordem em 26.3.2013 (fl. 51).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Pugna-se no presente *mandamus* pela extinção da punibilidade do fato, ante o reconhecimento

da prescrição da pretensão punitiva, ou pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa, em virtude da atipicidade da conduta imputada aos pacientes.

Em um primeiro momento, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

> Habeas corpus. *Julgamento por Tribunal Superior. Impugnação*. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. *Processo-crime. Diligências. Inadequação*. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, Processo Eletrônico DJe-178 Divulg 10.9.2012 Public 11.9.2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No tocante ao reconhecimento da prescrição, é de ver que não ocorreu a dita causa de extinção da punibilidade, pois o termo inicial para a contagem do prazo é o dia em que o fato se tornou conhecido. A propósito, eis o disposto no artigo 111, inciso IV, do Código Penal, *verbis*:

> Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...)
>
> IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

O Tribunal estadual elucidou devidamente a *quaestio* nestes termos (fl. 24):

> (...)
>
> Essa excepcionalidade se dá porque em delitos dessa natureza "o sujeito cerca-se de cuidados para encobrir sua ocorrência. Se a prescrição tivesse curso a partir

> de sua consumação, a maioria de seus autores ficaria impune" (JESUS, Damásio de. Prescrição Penal. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70).
>
> Em outras palavras, "São crimes difíceis de ser descobertos, de modo que, se a prescrição começasse a correr a partir da consumação, o Estado perderia sempre o direito de punir" (Capez, Fernando. Curso de Direito Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 618).
>
> Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:
>
> (...)
>
> Logo, não se vislumbra, ao menos por ora, a prescrição da pretensão punitiva do Estado como requerem os impetrantes. Registra-se, em que pese a ausência da data efetiva do conhecimento do crime, presume-se que o fato tornou-se conhecido em 10.7.2012, quando foi oferecida a denúncia.
>
> (...)

Relativamente ao trancamento da ação penal, visto a ausência de justa causa, creio que a ordem merece concessão nesse ponto.

Ressuma dos autos que os pacientes registraram em duplicidade o nascimento do filho, crendo que com a conduta regularizariam a dupla cidadania do seu rebento. Posteriormente, ao serem informados do caráter indevido da situação, ingressaram com uma ação anulatória de registro civil.

Convém trazer à baila trechos do interrogatório de Eleci Inez de Bona no feito cível (fls. 16-17):

> (...) que, quando do registro de M. em São José do Cedro, ele já estava registrado no Paraguai, onde nasceu; que, na época dos fatos, todos os brasileiros que residiam no Paraguai registravam os filhos naquele país e também no Brasil, para que o filho tivesse dupla cidadania; que quando M. foi registrado no cartório de São José do Cedro, não perguntaram se ele já havia sido registrado no Paraguai; que, após o registro de M., a interroganda permaneceu em São José do Cedro para tratar de M., que tinha problemas de saúde, mais precisamente alergia; que alega que não tinha conhecimento de estar cometendo um crime quando registrou o filho no Paraguai e também no Brasil, pois era a orientação da maioria das pessoas na época, para o filho conseguir dupla cidadania; que a interroganda e o marido acreditavam estar fazendo a dupla cidadania do filho e não um novo registro; que, posteriormente, quando a interroganda teve conhecimento, através do consulado brasileiro de que estava errado fazer o registro nos dois países, procurou um advogado para anular o registro de nascimento de M. feito em São José do Cedro e dar entrada na documentação da dupla cidadania; que alega que a interroganda e seu marido não agiram de má-fé e sim porque acreditavam estar fazendo a coisa certa; (...)

Ao que cuido, não se trata de, em sede de remédio constitucional, realizar análise fático-probatória mas sim de direito.

Não se descura que somente se trouxe a lume o imbróglio após o ingresso da ação anulatória pelos pacientes.

De se invocar, portanto, o cânone da boa-fé objetiva, que ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes.

Com efeito, entendida como o agir leal e confiável, atentando-se para a ética, a boa-fé deve pautar as condutas dos integrantes de uma sociedade.

Do aclamado cânone decorrem subprincípios, dentre os quais se destaca o *duty to mitigate the loss*. Originário do direito anglo-saxão, berço da *commom law*, o subprincípio consiste no dever de mitigar, dentro do empenho possível e razoável, o evento danoso, a fim de se evitar prejuízos mais gravosos, em prol, fundamentalmente, do interesse social.

Acerca da matéria, esta Corte assim se pronunciou, conforme as palavras do, hoje aposentado, Desembargador convocado *Vasco Della Giustina*:

> (...)
>
> Impende destacar, ainda, que a aplicabilidade do referido princípio é vislumbrada no âmbito do processo civil por Fredie Didier Jr.:
>
> > Remanesce a dúvida: toda essa construção teórica, criada para o universo do direito privado, pode ser aplicada por extensão ao direito processual?
> >
> > Certamente que sim.
> >
> > É lícito conceber a existência de um dever da parte de mitigar o próprio prejuízo, impedindo o crescimento exorbitante da multa, como corolário do princípio da boa-fé processual, cláusula geral prevista no art. 14, II, do CPC.
> >
> > Como já se disse, o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa-fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso do direito e a possibilidade de ocorrência da *supressio*, figura, aliás, que é corolário da vedação ao abuso. Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.
> >
> > Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito

> processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito. Trata-se, pois, de mais um *ilícito processual caducificante*. (DIDIER JR., Fredie. *Multa corercitiva, boa-fé processual e supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *in*: Revista de processo. a. 34, 1.171, maio, 2009, p. 48).
>
> (...)

O dito integrou o voto prolatado em julgado com a seguinte ementa:

> Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss.* Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido.
>
> 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
>
> 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
>
> 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
>
> 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
>
> 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
>
> 6. Recurso improvido.
>
> (REsp n. 758.518-PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Terceira Turma, julgado em 17.6.2010, REPDJe 1º.7.2010, DJe 28.6.2010)

Sobre o tema, confira-se ainda este aresto:

Processo Penal. *Habeas corpus*. Moeda falsa e estelionato. (1) Impetração substitutiva de recurso ordinário. Impropriedade da via eleita. (2) Trânsito em julgado. Vício na certificação. Tema não enfrentado na origem. Cognição. Impossibilidade. (3) Audiência de instrução. Oitiva de testemunhas. Acompanhamento por defensor dativo. Providência requerida pela defesa técnica constituída. Subsequente insurgência. Violação da boa-fé objetiva: proibição do *venire contra factum proprium*. (4) Réu preso em comarca distinta daquela onde correu o processo. Requisição. Ausência. Nulidade relativa. Demonstração de prejuízo. Ausência. (5) Testemunha comum. Dispensa pelo Ministério Público. Violação da boa-fé objetiva: *duty to mitigate the loss*. Significativa letargia na alegação. (6) Defensora dativa. Defesa inócua. Exercício do ônus da prova. Patente ilegalidade. Ausência. Ordem não conhecida.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus,* em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu,* foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário (STF: HC n. 109.956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 7.8.2012, Processo Eletrônico DJe-178 Divulg 10.9.2012 Public 11.9.2012).

2. Inexistente debate acerca de certo tema - equívoco na certificação do trânsito em julgado -, mostra-se inviável a esta Corte dele tratar, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Não há falar em reconhecimento de nulidade, decorrente da realização de audiência acompanhada por defensor dativo, quando a própria defesa técnica constituída requereu a providência, dada a impossibilidade financeira de a paciente custear o transporte dos causídicos até a Comarca onde corria o processo. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamentos contraditórios). Assim, diante de uma tal conduta sinuosa, não é dado reconhecer-se a nulidade.

4. O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss.* Na espécie, a serôdia insurgência, somente após a realização de diversos atos processuais, como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia a consolidação da situação, sedimentando a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha. Não deveria a parte insistir em marcha processual que crê írrita, sob pena de investir tempo e recursos de modo infrutífero.

5. Esta Corte consolidou o entendimento de que a ausência requisição do réu preso, inserido em cárcere localizado em foro distinto daquele em que tramita o processo, cristaliza nulidade relativa, a depender da existência de prejuízo para o seu reconhecimento. Na espécie, ausente a demonstração da situação de desvantagem, não há falar em anulação.

> 6. A verificação de deficiência de defesa, restrita à atuação do dativo, que apenas atuou na obtenção de um único depoimento é imprópria para a angusta via do *habeas corpus*. Diante das peculiaridades da colheita prova, a envolver um ônus e, não, um dever, tem-se o esvaziamento, substancial, da alegação de malferimento da ampla defesa.
>
> 7. Ordem não conhecida.
>
> (HC n. 171.753-GO, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 4.4.2013, DJe 16.4.2013)

In casu, da leitura dos documentos acostados nesta impetração, sobressai a boa-fé dos acusados, os quais, ao conhecer o aspecto indevido do ato outrora praticado, não se quedaram inertes mas sim procuraram um advogado para regularizar a situação - *duty to mitigate the loss* -, o que trouxe ao conhecimento do órgão ministerial a *quaestio* e motivou a exordial acusatória.

Com amparo em todo o exposto, observa-se que a temática em foco não se resume a um plano meramente fático, mas, tem contornos jurídico-penais, iluminados pela tipicidade, que deve ser pautada, numa perspectiva incriminatória, pela afetação de bens jurídicos.

Na atual quadra de desenvolvimento do Direito Penal, é fundamental ter sempre em mira a proteção de um bem jurídico, cuja tutela é prestigiada pelo respeito ao princípio da ofensividade, cânone magistralmente sintetizado por Alberto Silva Franco da seguinte maneira:

> *Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*
>
> O princípio também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade centra-se na ideia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos. "Bens jurídicos, em definitivo, são os pressupostos existenciais que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social. Uns têm natureza estritamente individual (vida, integridade, liberdade, honra, etc.), outros, comunitária (saúde pública, segurança do tráfico etc.), mas também esses últimos interessam ao indivíduo, já que a convivência pacífica, assegurada por uma ordem social adequada, é o único marco viável para sua própria auto-realização" (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540).
>
> Não cabe, portanto, acionar o instrumento estatal de controle se o comportamento, ativo ou omissivo, de alguém não possuir nenhum laivo de lesividade. "Proibir por proibir, carece de sentido e legitimação" (Antonio García-Pablos de Molina. Idem, p. 540). Analisando, sob essa ótica, o princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos, no Estado Democrático de Direito, constitui uma clara limitação ao poder punitivo desse Estado na medida em que circunscreve

> a atuação do mecanismo repressor à tutela de bens jurídicos relevantes, de natureza coletiva ou individual, e aos ataques mais graves a esses bens. (*Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 47)

De fato, não se pode admitir a intervenção do Direito Penal sem uma aferição *ex ante* de relevância, e tal "cláusula de barreira" é justamente o princípio da ofensividade, que, satisfeito, admite o reconhecimento da tipicidade.

Dessarte, acura-se dos autos a ausência da afetação do bem jurídico tutelado - fé pública -, a ensejar portanto a atipicidade da conduta dos pacientes.

Ante o exposto, *não conheço* do *writ*. Contudo, *de ofício, concedo* a ordem a fim de reconhecer a atipicidade da conduta dos pacientes e trancar a Ação Penal n. 065.11.002178-3/00000, em trâmite perante a Vara Criminal da Comarca de São José do Cedro-SC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.063.023-RJ (2008/0119945-5)

Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE)
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: R M da R P
Advogados: José Carlos Tortima e outro(s)
Fernanda Lara Tórtima
Carla Maggi Batista
Renan Cerqueira Gavioli
Recorrido: A da S M
Advogados: José Carlos Tortima e outro(s)
Fernanda Lara Tórtima
Carla Maggi Batista
Renan Cerqueira Gavioli
Recorrido: R C da R P
Advogados: José Carlos Tortima e outro(s)

Fernanda Lara Tórtima
Carla Maggi Batista
Renan Cerqueira Gavioli
Recorrido: R C da R P
Advogados: José Carlos Tortima e outro(s)
Fernanda Lara Tórtima
Carla Maggi Batista
Renan Cerqueira Gavioli
Corréu: A F de F
Advogado: Carlos Alberto Câmara e outro(s)
Corréu: V F de F
Corréu: A S D
Corréu: G S F
Corréu: P H S
Corréu: C S

EMENTA

Penal. Recurso especial. Caso "propinoduto". Competência originariamente fixada pela conexão instrumental. *Perpetuatio jurisdicionis*.

1. Uma vez reconhecida, corretamente, a conexão instrumental entre os feitos, o juiz que originariamente não seria o competente, passa a ter competência, que não mais poderá ser dele retirada.

2. Alterações supervenientes à propositura da demanda não influirão na competência do juízo, *ex vi* do disposto nos arts. 81 do Código de Processo Penal e 87 do Código de Processo Civil.

3. Recurso especial provido para declarar competente o juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao

recurso, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 14 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Relatora

---

DJe 13.6.2013

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição Federal, em face de acórdão da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, de fls. 742-743.

Consta dos autos que, originariamente, foi instaurado o Inquérito Policial n. 038/2003, distribuído ao Juízo da Terceira Vara Criminal do Rio de Janeiro, que deu origem à Ação Penal n. 2003.51.01.500281-0, nacionalmente conhecida como "O caso propinoduto".

Tendo em vista a complexidade do feito, houve o desmembramento do referido Inquérito n. 038/2003, dando origem ao Inquérito Policial n. 246/2005, distribuído por dependência probatória ao caso do propinoduto, ao Juízo da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

Nos autos do Inquérito Policial n. 246/2005, foi decretada a prisão preventiva de A. da S. M., R. M. da R. P., A. F. de F., R. C. da R. P. e R. C. da R. P. (fls. 452-466).

Contra o referido decreto de prisão preventiva, foram impetrados perante o Tribunal de Justiça três *habeas corpus*: um em favor de A. F. de F., o segundo em favor de R. M. da R. P. e A. da S. M., e o terceiro em favor de R. C. da R. P. e R. C. da R. P., distribuídos, por dependência, ao Desembargador Federal Abel Gomes, a quem já havia sido distribuída a apelação decorrente da Ação Penal n. 2003.51.01.500281-0 (caso do propinoduto).

O Desembargador Federal Abel Gomes determinou a livre distribuição dos referidos *habeas corpus* afirmando não haver prevenção por conexão probatória no segundo grau de jurisdição quando os processos em referência encontram-se em fases distintas, um com sentença condenatória, em grau de recurso de apelação, e o outro em fase de persecução policial (fls. 471-473).

Procedida a nova distribuição dos três *habeas corpus*, a relatora passou a ser a Desembargadora Federal Liliane Roriz.

No julgamento do *habeas corpus* impetrado em favor de R. M. da R. P. e A. da S. M., a liminar foi apreciada pela Segunda Turma, que assim decidiu, vencida a relatora:

> Direito Processual Penal. Competência diante de possível conexão probatória. Tutela diferenciada no *habeas corpus* que autoriza de imediato a apreciação da liminar. Revogação da prisão preventiva.
>
> I - *A despeito de não resolvida a questão da competência, por prorrogação, em razão de possível conexão instrumental, pode o órgão colegiado apreciar a liminar requerida diante da natureza diferenciada do interesse tutelado em sede de* habeas corpus.
>
> II - A simples declinação dos motivos (art. 312 do Código de Processo Civil) que ensejaram o decreto preventivo não é suficiente para a sua mantença, porquanto necessária a comprovação inequívoca da existência do ilícito e de indícios de sua autoria em razão da presunção constitucional da não culpabilidade.
>
> III - Liminar deferida para autorizar a expedição dos respectivos alvarás de soltura em favor dos pacientes, se por outro motivo não estiverem presos. (fl. 523).

Ao apreciar o mérito, o Tribunal Regional assim decidiu:

> Direito Processual Penal. Ausência de conexão instrumental que determina a livre distribuição do feito. Coerência na fixação da competência no juízo *a quo*. *Habeas corpus* de ofício para se afastar a conexão probatória no primeiro grau de jurisdição. Ilegalidade da prisão que autoriza o deferimento da ordem.
>
> I - *Ressalvado o posicionamento pessoal do redator do acórdão quanto à configuração* in casu *da conexão instrumental, que autoriza a reunião dos feitos num mesmo juízo competente (*unus iudicium*), a afirmação de que ficou descaracterizado o fato autorizador da prorrogação da competência conduz a consequência de que devem os autos do processo que corre em primeiro grau de jurisdição ser remetidos à livre distribuição, a fim de se evitar a violação ao princípio do juiz natural.*
>
> *II - Se o tema sob controvérsia é a conexão probatória, deve-se dar, por coerência e unidade de raciocínio, a mesma solução também no primeiro grau de jurisdição,*

> *motivo pelo qual o tribunal defere de ofício ordem de* habeas corpus *para determinar a incontinente redistribuição do feito originário.*
>
> III - A simples declinação dos requisitos legais do art. 312 do Código de Processo penal não constitui razão suficiente para a segregação cautelar.
>
> IV - Ordem parcialmente deferida.
>
> V - *Habeas corpus* deferido *ex officio* para determinar a redistribuição do processo originário, em primeiro grau de jurisdição. (fl. 578).

Entendendo que houve omissão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, para que a Turma se manifestasse em relação à aplicação do art. 87 do Código de Processo Civil, tendo a Turma reconhecido a omissão, em acórdão assim ementado:

> Direito Processual Penal e Processual Civil. Embargos de declaração. Reconhecimento da omissão.
>
> I - Verificada a omissão apontada, porque não foi tratada diretamente no voto a questão da aplicabilidade da regra do art. 87 do Código de processo Civil no tocante à determinação de remeterem-se os autos originários à livre distribuição no primeiro grau de jurisdição, a via eleita é adequada para a correção do vício.
>
> II - Se a distribuição por dependência, em razão do reconhecimento da conexão instrumental em primeiro grau, em sua origem está maculada, exatamente porque o seu fundamento é inverídico, por óbvio não se poderá, no segundo grau, firmar ou prorrogar competência com fundamento no princípio da *perpetuatio jurisdicionis*.
>
> III - Embargos de declaração providos para se reconhecer a omissão apontada e supri-la, de modo a afastar, quanto à determinação de se remeterem os autos em primeiro grau de jurisdição à livre distribuição, a aplicação da regra da *perpetuatio jurisdicionis*. (fl. 742)

Inconformado, o Ministério Público interpôs o presente recurso especial pugnando pelo reconhecimento da prevenção do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, alegando violação aos arts. 76, inciso III, do Código de Processo Penal e 87 do Código de Processo Civil, por entender que "não há falar em nulidade da distribuição do IPL n. 246/2005 ao Juízo Federal da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, vez que fundada estritamente em conexão instrumental ensejada pelo estado das investigações naquele momento, à luz do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*" (fl. 779).

O recorrido ofereceu contrarrazões ao recurso especial alegando a pretensão de reexame de provas e, quanto ao mérito, requer o improvimento do recurso (fls. 796-904).

O recurso especial é tempestivo e foi admitido na origem (fls. 807-808).

O Ministério Público Federal, na pessoa do Dr. Jair Brandão de Souza Meira, opinou pelo provimento do recurso especial, em parecer que recebeu a seguinte ementa (fls. 839-843):

> Recurso Especial. Operação denominada "Propinoduto". Conexão instrumental ou probatória.
>
> 1. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, prevista no art. 87 do CPC, orienta o processo em geral, exatamente porque preserva o princípio do juízo natural, que tem sede constitucional.
>
> 2. As ações penais relativas ao denominado "Propinoduto", resultantes de desmembramentos, não alteram a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, onde proposta foi a demanda inicial.
>
> Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE) (Relatora): Conheço do recurso especial pela alínea **a** do permissivo constitucional, porque tempestivo, regularmente proposto e prequestionado o tema recursal, não havendo falar em reexame de provas, porquanto a questão federal a ser discutida está embasada no acórdão impugnado, sendo os fatos conhecidos conforme julgados na instância ordinária.

Extrai-se dos autos que a decisão relativa à competência foi sempre tomada por maioria de votos:

> Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Des. Messod Azulay neto, que acompanhava a Relatora no tocante à preliminar de competência, a Turma, por maioria, decidiu pela competência da Turma para apreciar o *writ*, nos termos do voto da relatora, vencido, neste ponto, o Des. André Fontes. Suscitada a nova questão preliminar pelo Exmo. Presidente da Turma, de ofício, a Turma, por maioria, estendeu a decisão ora tomada ao 1º grau de jurisdição, determinando a livre distribuição dos autos também no Juízo *a quo*, nos termos do voto do Des. André Fontes, vencida, neste ponto, a Relatora. No mérito, a Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Des. André Fontes, que lavrará o acórdão, vencida a Relatora. Determinou-se, ainda, a expedição de ofício a fim de comunicar ao Juízo da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de janeiro a decisão de redistribuição do feito. (fl. 577).

Dessa forma, tendo a Turma, por maioria, acatado a decisão do Desembargador Federal Abel Gomes que determinou a livre distribuição do feito, decidiu que o órgão competente para o julgamento do *Habeas Corpus* n. 2005.02.01.014724-4 (impetrado em favor de R. M. da R. P. e A. da S. M.) seria a própria Segunda Turma. Após, também por maioria, resolveu estender a decisão de livre distribuição ao 1º grau de jurisdição.

No entanto, o Desembargador Federal Abel Gomes, ao determinar a livre distribuição do *Habeas Corpus* n. 2006.02.01.000225-8 (impetrado em favor de A. de F.), assim se manifestou:

> Embora num primeiro momento, os fatos ora indicados na investigação acabaram conhecidos por força da persecução criminal, ocorrida no caso denominado "Propinoduto", para o qual fui designado Relator por livre distribuição, num segundo momento, não posso deixar de destacar que eles dizem respeito a uma suposta atuação dos pacientes na prática de novos ilícitos que não estão exatamente dentro do contexto do que foi apurado no processo do caso Propinoduto.
>
> Com efeito, como se pode perceber do Documento n. 1 que acompanha a inicial do presente *writ,* que corresponde à decisão do MM. juízo impetrado, as empresas *Gortin Promoções* e *Passabra Turismo e Cambio Promoções Ltda*. seriam responsáveis por um esquema de remessa de divisas para o exterior por meio de atividade delitiva de R. P. e A. M., que também são investigados nos Procedimentos n. 2005.51.01.515701-1 e n. 2005.51.01.523418-2, ora conhecidos como "Operação Firula".
>
> à época das investigações que geraram a Ação Penal n. 2003.51.01.500281-0 (caso Propinoduto), já se percebera elementos que indicavam a remessa de valores produto de crime para contas bancárias na Confederação Helvética, que não se restringiam apenas aos auditores fiscais que foram processados na ação no caso Propinoduto.
>
> Naquela ocasião, vislumbrava-se que outras pessoas, que não os fiscais, também procediam, em tese, ilicitamente mediante participação de R. P. e A. M., só que, pelo que se depreende do referido documento n. 1 que acompanha a inicial, o MM. Juízo da 3ª Vara Federal Criminal, à época, por ter diante de si uma hipótese de conexão instrumental probatória (a prova da prática delituosa, em tese do caso Propinoduto influiria na prova de outros delitos praticados nas mesmas circunstâncias e com o auxílio de pelo menos dois dos acusados naquele processo), resolveu dar prosseguimento à instrução do caso Propinoduto em processo e alargar a investigação de eventuais outros ilícitos por meio de inquérito, todos permanecendo na 3ª Vara Federal Criminal, por força do art. 76, III do CPP.

Assim foi que a conexão probatória prorrogou a competência do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal para todas aquelas persecuções penais, sendo que uma (a do propinoduto), por estarem os réus presos, acabou tendo um desfecho mais célere, enquanto as outras prosseguiam na apuração dos fatos.

Ocorre que, com o julgamento da Ação Penal n. 2003.51.01.500281-0 (caso Propinoduto), e sua remessa ao Segundo Grau, pela imperiosa necessidade de se ultimar o julgamento em primeiro grau face à decretação da prisão preventiva dos acusados, desvinculou, apenas no tempo as ações que estavam juntas no mesmo Juízo por força de conexão instrumental.

(...)

Como se pode perceber, uma vez que o processo do qual sou o Relator já se encontra em Segundo Grau com sentença lançada e apenas para apreciação dos recursos de apelação, sem qualquer possibilidade de se efetuar instrução criminal, não há nenhuma razão para se compreender que haja, em grau de recurso, prevenção por conexão probatória com processos que ainda estão na fase de persecução policial, como é o caso do Inquérito n. 2005.51.01.515701-1 e da Medida Cautelar n. 2005.51.01.523418-2, que originaram este *writ*.

Conexão, antes de tudo, deve contribuir para a economia processual e melhor aplicação jurisdicional do direito, sendo certo que, quando ela é instrumental, não há sentido em reconhecê-la se não é apta a servir de instrumento para nada.

Receber o presente *habeas corpus* por prevenção em nada instrumentaliza o julgamento do recurso para o qual fui sorteado Relator e com o qual o presente processo estaria interligado, segundo a pesquisa da *Didra*.

Se por um lado, todos os processos que tiveram origem nas investigações que repercutiram no caso Propinoduto apresentavam conexão instrumental à época que estavam na mesma fase o o juiz da 3ª Vara Federal Criminal, legitimamente, a reconheceu e ali se perpetuou a competência, por outro, não há prevenção deste Relator para feitos em fases tão distintas.

Ante o exposto, à livre distribuição. (fls. 471-473)

Procedida a livre distribuição, a nova Relatora do *Habeas Corpus* n. 2005.02.01.014724-4, Desembargadora Federal Liliane Roriz, acompanhou o entendimento do Desembargador Federal Abel Gomes, assim se manifestando:

Preliminarmente, à guisa de evitar posterior alegação de nulidade por parte dos impetrantes - a despeito de não ser objeto do presente *writ*, impende registrar que o Desembargador Federal Abel Gomes, às fls. 375-376, afastou sua prevenção para processar e julgar o presente feito, por entender que os fatos ora apurados, embora se apresentassem como desdobramento das investigações realizadas no processo denominado Propinoduto (Ação Penal n. 2003.51.01.500281-0), do qual é Relator, não tratam dos mesmos fatos ilícitos, eis que naquele os valores

> ilegalmente remetidos para o exterior diziam respeito a ilícitos praticados por auditores fiscais e, no caso em análise, cuida-se de operações efetuadas pelos pacientes em negociações de jogadores de futebol com clubes do exterior.
>
> O eminente Desembargador Federal, com o brilhantismo que lhe é peculiar, concluiu que a existência de conexão probatória que atraiu a competência para o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal não acarreta, necessariamente, a prevenção por conexão probatória entre processos em 2ª instância para a apreciação de apelação com processos que ainda se encontram em fase de persecução criminal. Transcrevo:
>
> (...)
>
> Concordo inteiramente com o entendimento espelhado pelo eminente Desembargador.
>
> A conexão instrumental probatória deixou de existir em segundo grau, por estarem os feitos em fases distintas, o que não impede a conexão instrumental existente à época do início das investigações do caso Propinoduto em primeiro grau, quando estavam todos os feitos na mesma fase.
>
> Destaque-se que o desmembramento da investigação se deu em sete frentes, uma para cada linha de apuração, como forma de garantir à autoridade policial uma relação de causa e efeito.
>
> Assim, a despeito da existência de conexão instrumental probatória com o processo conhecido como Propinoduto, o que tornou prevento o Juízo da 3ª Vara Federal Criminal para o processo e julgamento dos feitos desmembrados daquela frente de investigação, inexiste esta mesma conexão instrumental probatória em segundo grau, tendo em vista que os processos encontram-se em diferentes fases, estando o primeiro, inclusive, já sentenciado. (fls. 514-517)

O Relator para a lavratura do acórdão no *Habeas Corpus* n. 2005.02.01.014724-4, porque vencida a Desembargadora Liliane Roriz, o Desembargador Federal André Fontes, em sede de embargos de declaração, assim se manifestou:

> No julgamento do presente *habeas corpus*, a exemplo do ocorrido nos autos do HC n. 2005.02.01.014666-5, foi apreciada a preliminar de competência, diante de possível conexão instrumental. Em tal oportunidade, divergindo da orientação da ilustre Relatora, Desembargadora Liliane Roriz, entendi que aquela (conexão instrumental) é inafastável e, portanto, haveria de ser acolhida. Especificamente nestes autos, salientei que "a decisão tomada no primeiro feito originário influenciará no segundo feito originário. Não há dúvidas de que os fatos investigados são diversos; todavia a conexão instrumental ou probatória refere-se, como sugere o nome, à prova. Assim sendo, se o material probatório se mistura, podendo a prova de um feito conduzir a do outro, devem os feitos

> manter-se reunidos num mesmo juízo, competente para ambos em razão da conexão."
>
> Todavia, diante do resultado final, em que vencedora a tese pelo não acolhimento dessa preliminar entendi, por uma questão de ordem lógica, que se faria mister o deferimento *ex officio* de *habeas corpus* também para determinar a redistribuição do feito originário, uma vez que a descaracterização da conexão, em votação por maioria, implicaria, igualmente, em ausência de conexão no primeiro grau de jurisdição, sob pena de ofender o princípio do juiz natural. E nesse particular a omissão apontada, porquanto deixou de ser observada na discussão travada a regra da *perpetuatio jurisdicionis*, prevista no art. 87 do Código de Processo Civil e aplicável ao caso dos autos diante do permissivo do art. 3º do Código de Processo Penal, no tocante à distribuição em primeiro grau diante da conexão instrumental lá reconhecida.
>
> E, de fato, a negativa de aplicação da citada norma ficou apenas implicitamente tratada, merecendo aqui esclarecimentos.
>
> Como é sabido, a *perpetuatio jurisdicionis* prevista no art. 87 do Código de Processo Civil não é regra para a fixação da competência, mas sim para sua modificação, pelo que depende de uma prévia e lícita atitude, que é a regular distribuição do feito. Se há mácula nesse ato, consoante sustentado na tese vencedora da ilustre Relatora, uma vez que que inexiste a propalada conexão instrumental no segundo grau de jurisdição, é evidente que o mesmo raciocínio há de ser levado também para as ações originárias que tramitam no primeiro grau, sob pena de coexistirem decisões conflitantes.
>
> Dessa feita, se a distribuição por dependência, em razão do reconhecimento da conexão instrumental em primeiro grau, em sua origem, está maculada, exatamente porque seu fundamento é inverídico, por óbvio que não há que falar ai em aplicabilidade da regra do art. 87 do Código de Processo Civil. Repise-se que de tal tese divergi e fui vencido, uma vez que entendi haver conexão instrumental; contudo, se não se reconhece a conexão no segundo grau, ponto em que fiquei vencido, como justificar a conexão em primeiro grau. (fl. 691).

Por isso a interposição deste recurso especial, em que o Ministério Público alega violação aos arts. 76, inciso III, do Código de Processo Penal e 87 do Código de Processo Civil, ao argumento de que "não há falar em nulidade da distribuição do IPL n. 246/2005 ao Juízo Federal da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, vez que fundada estritamente em conexão instrumental ensejada pelo estado das investigações naquele momento, à luz do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*" (fl. 779).

Concluiu o arrazoado pugnando pela reforma parcial do acórdão recorrido no ponto em que determinou a livre distribuição dos autos da Ação Penal n.

2005.51.01.515701-1, oriunda do IPL n. 246/2005, confirmando-se, assim, a prevenção do Juízo da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro para processar e julgar a ação penal acima aludida. (fl. 780)

Diante de tudo o que foi relatado, pode-se concluir que inicialmente houve uma conexão instrumental, a determinar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

Ao depois surgiu a discussão tão-somente quanto a prevenção em segundo grau para o julgamento dos três *habeas corpus*, todos referentes à mesma Ação Penal n. 2005.51.01.515701-1 (relativa ao Propinoduto), cuja conclusão se estendeu ao juízo de 1º grau.

Estabelece o Código de Processo Penal que:

> Art. 76. A competência será determinada pela conexão:
>
> III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Dessa forma, o juízo de origem entendeu haver a conexão probatória tendo em vista que a prova da prática delituosa, em tese no caso Propinoduto, influiria na prova de outros delitos praticados nas mesmas circunstâncias e com o auxílio de pelo menos dois dos acusados naquele processo. Assim, resolveu dar prosseguimento à instrução do caso Propinoduto e alargar a investigação de eventuais outros ilícitos por meio de inquérito, todos permanecendo na 3ª Vara Federal Criminal, por força do art. 76, III do CPP.

O Código de Processo Penal determina que, reconhecida a conexão, proceder-se-á a unidade de processo e julgamento dos feitos. No entanto, em seu artigo 80, ressalva a hipótese de separação dos processos quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por meio de outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

In casu, os feitos seguiram separadamente, sendo o caso do propinoduto julgado por sentença enquanto os demais ainda permaneciam na fase do inquérito policial.

Diante desses fatos, o Tribunal achou conveniente afastar a prevenção em segundo grau de jurisdição, o que resultou no afastamento da competência do juízo da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

No entanto, não se pode chegar a essa conclusão, porque, uma vez corretamente fixada a competência, esta não pode mais ser modificada. É o que

se extrai da leitura conjunta dos artigos 81 do Código de Processo Penal e 87 do Código de Processo Civil:

> Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.
>
> Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Da atenta leitura em conjunto dos dois dispositivos, pode-se concluir que uma vez reconhecida, corretamente, a conexão instrumental entre os feitos, o juiz que originariamente não seria o competente, passa a ter competência adquirida, que não mais poderá ser dele retirada.

Dessa forma, qualquer alteração posterior, como a que aconteceu nos autos, em que se afastou a conexão dos dois processos em segundo grau, por entender que naquele momento processual não seria mais adequado, afastando, por consequência, a prevenção em relação ao segundo processo, não pode implicar na alteração de competência anteriormente fixada em primeiro grau.

Não é outro o posicionamento do ilustre doutrinador José Frederico Marques:

> Também já abordamos o assunto na Imprensa, escrevendo o seguinte: "O art. 151 do Código de Processo Civil, consagra o denominado princípio da *perpetuatio jurisdicionis,* consubstanciado na máxima de que *per citationem perpetuatur jurisdictio*, por entender que todo litígio deve terminar perante o juízo em que foi iniciado: *ubi acceptitum est semel judicium ibi est finem accipere debet*. Daí ter estatuído aquele texto do Código que alterações supervenientes à propositura da demanda (como as transformações relativas ao domicílio, cidadania das partes, objeto da causa ou seu valor) - não influirão na competência do juízo.
>
> O Código de Processo Penal não contém um preceito genérico como o do art. 151, do Código de Processo Civil; porém, no art. 81, traz uma regra que é corolário da *perpetuatio jurisdictionis* e que assim está redigida: 'Verificada a reunião de processos por conexão ou continência, ainda que no processo de sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos'.

O disposto no art. 151 do antigo Código de Processo Civil (Decreto-Lei n. 1.608/1939) encontra-se disciplinado no art. 87 do atual Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973).

Segundo ensinamento de *Chiovenda*, "a competência adquirida por um juiz, em razão da conexão de causas se perpetua e subsiste ainda que a lide que pertencia originariamente à sua competência, e que atraiu a seu poder de julgar o litígio que tomado isoladamente pertenceria à competência de outro juiz, desaparece por motivo qualquer; o juiz continua sendo competente para julgar a causa, que prossegue, e sobre a qual tem competência adquirida e não originária" (sobre a Perpetuatio Jurisdicionis - *in* Ensayos de Derecho Procesal Civil, 1949, vol. II, p. 38).

Isso posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a competência do Juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro, por aplicação do art. 81 do Código de Processo Penal e do art. 87 do Código de Processo Civil.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.170.742-BA (2009/0241652-6)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Carlos Alencar Souza Alves
Advogado: Paulo Alfredo Unes Pereira - Defensor Público da União

EMENTA

Recurso especial. Direito Penal. Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Absolvição. Legítima defesa putativa. Inobservância de formulação de quesitos obrigatórios. Art. 484, III, do CPP. Redação da Lei n. 9.113/1995. Nulidade do julgamento. Súmula n. 156-STF. Determinação de nova sessão de julgamento do Tribunal do Júri. Lei n. 11.689/2008.

1. Cabe ao Juiz presidente do Tribunal do Júri a formulação de quesitação imposta legalmente, inclusive quando adotada a tese de

legítima defesa putativa, perante o Conselho de Sentença (art. 484, III, do CPP, na vigência da Lei n. 9.113/1995).

2. Reconhecer, no Tribunal do Júri, que a admissão da legítima defesa putativa mitiga a necessidade de questionamento sobre o excesso punível seria criar exceção não instituída pelo legislador ao art. 484, III, do Código de Processo Penal, a legitimar, portanto, condutas extremadas em detrimento da moderação e da razoabilidade que se impõem ao instituto da legítima defesa (parágrafo único do art. 23 do CP).

3. A quesitação inadequada formulada pelo Juiz presidente implica nulidade absoluta do julgamento do Tribunal do Júri, por violação frontal ao disposto no art. 484, III, do Código de Processo Penal – redação anterior à Lei n. 11.689/2008.

4. O Código de Processo Penal estabelece que a nulidade ocorrerá por deficiência dos quesitos ou das suas respostas e, ainda, por contradição entre estas – entre outros – na sentença (art. 564, parágrafo único, do CPP, incluído pela Lei n. 263/1948).

5. Recurso especial provido para, ao cassar o acórdão *a quo* e anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, determinar a realização de nova sessão do Tribunal do Júri para julgamento do recorrido, nos termos da legislação de regência (Lei n. 11.689/2008).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 29.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Ministério Público Federal* com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Apelação Criminal n. 1999.33.00.004102-1-BA) que, por maioria de votos, negou provimento à apelação interposta pelo órgão ministerial, sob o argumento de que, na decisão absolutória do ora recorrido – em relação à prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, do CP) –, o Conselho de Sentença adotou adequadamente a tese de existência de legítima defesa putativa (fls. 904-918).

A ementa do acórdão recorrido merece transcrição (fl. 918):

> Penal. Processual Penal. Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Decisão baseada em uma das versões da defesa. Interpretação razoável dos fatos. Quesitação corretamente elaborada. Apelo ministerial improvido.
>
> 1. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela sem qualquer apoio na prova produzida, sendo certo que se a mesma estiver baseada em uma das versões da defesa, não há que se falar em contrariedade à prova dos autos.
>
> 2. Se os jurados optaram por uma das versões verossímeis existentes no processo, numa interpretação razoável dos fatos, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.
>
> 3. *"As possíveis irregularidades ocorridas na formulação de quesitos no Tribunal do Júri devem ser apontados no momento oportuno"* (Acr n. 2002.34.00.014561-7-DF, Desembargador Federal Tourinho Neto, DJ de 11.3.2005).
>
> 4. Quesitação corretamente elaborada.
>
> 5. Negado provimento ao apelo ministerial.

No recurso especial, o órgão ministerial sustenta que o acórdão a quo *não apenas afrontou os arts. 484, III, e 564, III, **k**, ambos do Código de Processo Penal, mas também a jurisprudência pacífica dessa Corte e enunciados do STF* (fl. 924).

Aduz o recorrente que *a ausência de quesito obrigatório implica nulidade absoluta, portanto, arguível em qualquer instância e grau de jurisdição* (fl. 925).

Para o recorrente, a Lei n. 9.113/1995, que primeiramente alterou o art. 484, III, do Código de Processo Penal, estabeleceu, de forma obrigatória, a necessidade de os jurados apreciarem não apenas questões relativas a eventual *fato/circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, como também ao possível*

excesso eventualmente cometido, imediatamente em seguida ao reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude (fls. 925-926).

Segundo o recorrente, *é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório, nos termos do Enunciado n. 156-STF* (fl. 926). O acórdão *a quo* não observou o devido processo legal porque *a falta de apreciação, pelo Júri, de questão relevante – que deveria constar de indagação específica – tem o condão de alterar o julgamento, em manifesto prejuízo à persecução penal e ao próprio acusado* (fls. 926-927).

O recorrente requer o conhecimento e provimento do recurso especial para que o acórdão *a quo* seja cassado, determinando-se a realização de nova sessão do Tribunal do Júri para o julgamento do recorrido (fls. 923-932).

Contrarrazões ofertadas pelo recorrido, por meio das quais se sustenta a manutenção do acórdão recorrido em seu mérito. Alega-se, ainda, ausência de prequestionamento da matéria controvertida (fls. 950-953).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (fls. 962-966).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido, porquanto a matéria versada nos autos se refere a questão de direito, prequestionada pelo acórdão *a quo*.

Em particular, conheço do recurso especial em relação ao prequestionamento dos arts. 484, III, e 564, III, **k**, ambos do Código de Processo Penal, com redação anterior à Lei n. 11.689/2008, porque, da atenta leitura dos autos, observo que o acórdão regional afastou, de maneira expressa, a suposta nulidade na formulação de quesitos ao Conselho de Sentença (fls. 904-918).

Superado o aspecto mencionado, passo ao exame do mérito do recurso especial.

No caso, o recorrido foi denunciado pela prática da seguinte conduta (fl. 904):

> [...]
>
> No dia 3 de março do ano de 1999, por volta das 15:05 horas, na entrada da agência do Banco do Brasil S/A da cidade de Jequié, neste Estado, o denunciado,

> armado com uma espingarda, calibre 12, tipo escopeta, deflagrou, à queima-roupa, um tiro em direção à vítima, Senhor W DE O B, a qual foi atingida na região do tórax e braço esquerdo, causando as lesões descritas no Laudo de Exame Cadavérico de fls. 07, causando-lhe a morte.
>
> Conforme foi apurado, a vítima, funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, onde exercia a função de "carteiro", estava no exercício regular de suas funções, devidamente fardado, fazendo, como de costume, a entrega de correspondências, portando, inclusive, um malote comumente utilizado pelos funcionários da empresa retromencionada para transportar as correspondências aos seus respectivos destinatários, para tanto dirigindo-se à instituição bancária acima citada, quando, sem qualquer motivo plausível, foi mortalmente atingido pelo tiro disparado pelo denunciado, o que veio a lhe causar a morte.
>
> Consta dos autos do inquérito, que o denunciado, juntamente com colegas de trabalho da empresa à qual presta serviço, *Nordeste Segurança de Valores* e policiais militares, encontravam-se "prestando segurança" ao carro forte da aludida empresa que se encontrava estacionado na porta do Banco do Brasil, com o objetivo de descarregar numerário anteriormente arrecadado de outras agências bancárias, na cidade de Jequié, e, ante a mera aproximação da vítima, disparou contra a mesma, subtraindo-lhe a vida.
>
> [...]

Oferecida denúncia em desfavor do recorrido, foi ele submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri e por este absolvido, em *5.10.2005*, cuja sentença absolutória se transcreve (fl. 905 - grifo nosso):

> [...]
>
> As partes sustentaram suas pretensões em Plenário. A acusação sustentou o libelo-crime-acusatório, pleiteando a condenação. A defesa pleiteou a absolvição sustentando a tese de legítima defesa e, alternativamente, a desclassificação para homicídio culposo.
>
> Formulados os quesitos, conforme termo próprio, o Eg. Tribunal do Júri reconheceu por maioria (5 x 2), a materialidade do fato e sua autoria quanto ao homicídio consumado contra a vítima W C de O B.
>
> Quando da votação dos quesitos da legítima defesa, *houve reconhecimento de que o réu cometeu o crime supondo, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que estava agindo em defesa própria ou do patrimônio de terceiros (por unanimidade)*.
>
> *Por maioria (5 x 2), reconheceu-se que o erro era inevitável, sendo acolhida, portanto, a tese da legítima defesa putativa*.

> Em conclusão: decidiu o Eg. Conselho de Sentença *absolver* o réu *Carlos Alencar Souza Alves* do delito de homicídio qualificado – art. 121, § 2º, II, do CPB contra a vítima W C de O B.
>
> [...]

Ao examinar a apelação interposta pelo ora recorrente, o acórdão regional entendeu que o Tribunal do Júri adotou uma das versões verossímeis existentes no processo. Além disso, o Tribunal de origem *afastou a suposta nulidade de quesitação* nos seguintes termos (fls. 907-911 - grifo nosso):

> [...]
>
> No caso, a decisão dos jurados não está completamente divorciada dos elementos probatórios.
>
> Com efeito, quando do julgamento em Plenário, a defesa pediu que o Conselho de Sentença acatasse a *tese da legítima defesa putativa* (v. fl. 608), sendo certo que, quando da votação dos 3º e 4º quesitos, assim votaram os jurados:
>
> > 1º *quesito*: O réu *Carlos Alencar Souza Alves*, no dia 3 de março de 1999, por volta de 15h, quando se encontrava na entrada da agência do Banco do Brasil S/A, localizada na cidade de Jequié-BA, com emprego de arma de fogo, efetuou disparo contra Wilson Carlos de Oliveira Braga, nele produzindo as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. 07-09 dos autos em apenso?
> >
> > *Respostas*: *Sim*, por 5 (cinco) votos e *não*, por 2 (dois) votos.
> >
> > 2º *quesito*: Essas lesões acarretaram a morte da vítima Wilson Carlos Oliveira Braga?
> >
> > *Respostas*: *Sim*, à unanimidade.
> >
> > 3º *quesito*: O réu Carlos Alencar Souza cometeu o crime supondo, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que estava repelindo agressão à sua pessoa ou a patrimônio de terceiros.
> >
> > *Respostas*: *Sim*, à unanimidade.
> >
> > 4º *quesito*: Esse erro era inevitável?
> >
> > ***Respostas: Sim**, por 5 (cinco) votos e **não**, por 2 (dois) votos.* (fl. 612).

Verifica-se, assim, que os jurados, à unanimidade, entenderam que *"o réu Carlos Alencar Souza cometeu o crime supondo, **por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que estava repelindo agressão à sua pessoa ou a patrimônio de terceiros?"** (fl. 612)*.

A tese da defesa acolhida pelos jurados não é dissociada de toda e qualquer evidência que consta dos autos.

Com efeito, interrogado em Juízo, o acusado asseverou:

> *(...) o interrogado é empregado da empresa Nordeste Segurança de Valores, exercitando função de Segurança no Transporte de Valores; na data dos fatos denunciados, já cumprida sua jornada de trabalho, recebeu orientação para realizar um outro serviço, substituindo um colega; assim, recolheu numerário em agências da CEF, do Banco Bilbao e do Bradesco. Seguindo, após, para o Banco do Brasil; neste último estabelecimento, após o estacionamento do veículo transportador e estando o seu colega de trabalho postado na parte traseira do aludido carro, o interrogado procurou bater na porta da agência, a qual encontrava-se fechada desde as 15:00 horas, quando do encerramento do expediente externo, aproximadamente as 15:05 horas, usando do coturno que calçava, bateu na porta, com o objetivo de adentrar o estabelecimento, para isto ficando de costas para a rua; durante a operação de recolhimento de numerário, existe impedimento de trânsito de pessoas entre o veículo transportador e o estabelecimento, mormente em dias como o da ocorrência, quando a empresa os teria avisado da ocorrência de roubo de veículo, fazendo com que o trabalho fosse desenvolvido com mais cuidado; ao voltar-se da porta antes referida já defrontou-se com um cidadão que havia ultrapassado o limite de proibição de trânsito de pessoas, dirigindo-se ao local onde o interrogado se encontrava;* incontinenti*, o interrogado dirigiu-se àquele cidadão, portando sua arma e dizendo-lhe; "Pare, pare"; não obstante, não foi atendido, insistindo a pessoa em prosseguir na mesma direção; esta atitude provocou a reação do interrogado que procurou impedir o progresso da pessoa, usando a arma que portava, ainda sem apontá-la, mas usando-a como impedimento do seu trânsito; esta conduta não foi suficiente para contê-lo, tanto que ele segurou a arma do interrogado, resistindo em cumprir sua ordem de parada; instalou-se, a partir daí, uma disputa entre interrogado e vítima, ambos querendo ter consigo a arma; tratava-se de uma escopeta, calibre 12, cujo cão encontrava-se armado; nesta disputa houve o disparo, sendo atingida a vítima (...)* (fl. 16).

Em Plenário, informou que:

> (...) que não conhecia a vítima, então o fato dele estar vestido de carteiro, não quer dizer que não poderia ser um assaltante, já aconteceram vários fatos contra empresa, com pessoas fardadas de policiais tentar assaltar carro forte.'
>
> *"que no momento em que ele segurou na arma eu pensei que fosse um ladrão".* (sic) (v. Laudo de Exame em material audiovisual - fls. 716-729) (fl. 662).

No caso em questão, a versão do acusado encontra amparo em alguns elementos de prova que constam dos autos.

> Com efeito, quando da operação de transporte de valores, não era permitida a entrada no Banco, sendo certo que o acusado não conhecia a vítima. Instado a parar, o carteiro continuou em direção ao acusado, o qual tentou obstruir a passagem da vítima, que não se intimidou, chegando a segurar a arma daquele.
>
> No aviso de fl. 676 consta a seguinte recomendação aos escolteiros:
>
> > *Tenha sempre cuidado com grupos, a pé ou motorizados carros oficiais (chapa-branca), ambulâncias, carteiros, grupos em frente a bancas de venda, etc*.
>
> Ademais, como ressaltou a Defensoria Pública da União, *"foram mostradas ao Júri, com a concordância do MPF, matérias publicadas no jornal de maior circulação do Estado, 'A Tarde', versando sobre a violência usada contra carro-forte naquela época na Bahia, com utilização de dinamites, metralhadoras e fuzis AR-15, quando os meliantes faziam a abordagem normalmente disfarçados, como se pode constatar com os recortes ora juntados aos autos"* (fl. 670).

Verifica-se, pois, que os jurados optaram por uma das versões verossímeis existentes no processo, numa interpretação razoável dos fatos.

Por outro lado, *no que se refere à quesitação, alega o Ministério Público Federal*:

> ***No caso de submissão ao Tribunal Popular de quesito sobre legítima defesa putativa, cada pressuposto da exculpante deve ser redigido em quesito próprio*** *(...)* (fl. 636).
>
> *(...)* ***após perquirir sobre a situação de erro (3º quesito), o Juiz-Presidente argüiu, em seguida, a sua inevitabilidade, omitindo-se sobre os demais requisitos da legítima defesa e do excesso doloso ou culposo (art. 484, III, do CPP)***. (fl. 637).

Não prospera a irresignação ministerial.

Com efeito, quando do julgamento, o magistrado *"leu os quesitos previamente formulados com os quais anuíram as partes"* (fl. 611).

Sobre a questão, é oportuna a transcrição das jurisprudências colacionadas pela Defensoria Pública da União, *verbis*:

[...]

Segundo a doutrina, agiu com acerto o magistrado, como bem observou a defesa, *litteris*:

> Em abono da quesitação corretamente elaborada pelo ilustre Juiz Presidente do Júri no presente caso, sugerem os consagrados doutrinadores:

> Já na hipótese do erro sobre os pressupostos fáticos da legítima defesa, o questionário deverá obedecer à formulação constante do item em exame. Se admitido o 3º quesito, o agente será absolvido, porque será reconhecível uma situação equivalente ao erro de tipo. Se rejeitado, nem por isso será impossível um juízo de culpabilidade, por fato culposo, se houver para tanto previsão legal.
>
> O questionário tradicional sobre a legítima defesa putativa não poderá mais ser formulado, pois não se conforma ao novo equacionamento legal. Sem disciplinar, devidamente, as subespécies do erro incidente sobre as causas de justificação, poderá conduzir o julgamento do Júri a desfechos inaceitáveis.
>
> Além disso, o argumento de que o referido questionário, por ser desdobrável em inúmeros quesitos, evitará a complexidade da matéria a ser decidida é atualmente inaceitável. O Jurado ficará muito mais aturdido em responder quesitos que se inter-relacionam sem que tecnicamente esteja preparado para compreender os vínculos que prendem um ao outro do que dar resposta a um único quesito que proponha, com clareza, o problema central. (Ob. Cit. Pp. 517-18).

(...)

Em excelente monografia sobre "QUESITOS do JÚRI", PEDRO RODRIGUES PEREIRA defende idêntica posição, sugerindo quesitos da mesma forma como redigidos pelo douto Juiz Presidente do Júri no caso em testilha:

Com o evento da nova Parte Geral do Código Penal, se o erro que deu ensejo à alegação da descriminante putativa for inevitável, exclui o dolo e a culpa, restando o réu absolvido; se evitável, o erro exclui o dolo, mas, se o crime for punido a título de culpa, o agente responde pelo crime culposo, daí conclui-se que, se o crime não for punido a título de culpa, reconhecendo o erro, não há que se indagar sobre a inevitabilidade, estando o réu absolvido.

Esta é a lição de Damásio de Jesus (*in* Código Penal Anotado, p. 59) e Celso Delmanto (*in* Código Penal Comentado, p. 20).

Seguindo estes conceitos, temos que os quesitos referentes às descriminantes putativas devem ser assim redigidos:

Legítima Defesa Putativa

1º - Autoria e materialidade

2º - Letalidade.

3º - O réu, por erro plenamente justificável, resultante do fato de (descrever somente se for possível em proposição simples, inc. VI, art.484, CPP), SUPÔS estar agindo em defesa de sua pessoa?

4º - Esse erro era inevitável?

> 5º - Atenuantes.' ("JÚRI – QUESITOS" -, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991, p. 202).
>
> [...]
>
> Diante do exposto e por todas as razões susomencionadas, nego provimento ao apelo ministerial.
>
> É como voto.

Em necessária síntese, o acórdão *a quo* negou provimento à apelação ministerial com base em três principais fundamentos: a) a tese da defesa, acolhida pelos jurados, está associada às evidências que constam dos autos; b) o magistrado leu os quesitos previamente formulados, com os quais anuíram as partes; e c) o Juiz Presidente formulou adequadamente a quesitação, pois a adoção da tese de legítima defesa putativa, para a doutrina, mitiga a quesitação específica, imposta legalmente; no caso, o art. 484, III, do Código de Processo Penal (fls. 904/918).

Em decorrência da ausência de quesitação obrigatória, pleiteia o recorrente, nesta via especial, a anulação da sentença absolutória, *a fim de que o recorrido seja submetido novamente a julgamento pelo Tribunal do Júri* (fls. 923-932).

Desde logo, convém asseverar que o recurso especial merece provimento, uma vez que se verifica violação frontal do disposto no art. 484, III, do Código de Processo Penal (com a redação da Lei n. 9.113/1995), pois ausentes quesitos obrigatórios na formulação feita pelo eminente Juiz Presidente do Tribunal do Júri Federal ao Conselho de Sentença, formulação esta que se encontra no acórdão recorrido e em outros documentos acostados aos autos (fls. 740-741 e 904-918).

Com efeito, inicialmente, amparo-me no que dispõe o art. 564, *caput*, parágrafo único, do Código de Processo Penal, *in verbis* (grifo nosso):

> Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
>
> [...]
>
> Parágrafo único. *Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas*.

Destarte, da análise dos autos, constato a presença de tal nulidade, uma vez que, a meu ver, os quesitos formulados *não* foram suficientes para o reconhecimento da configuração da *legítima defesa putativa* (fls. 740-741 e 904-918).

Explico-me. Consoante a Lei n. 9.113/1995, norma vigente à época do julgamento do recorrido, fazia-se obrigatória a formulação de quesitos relativos à legítima defesa e ao excesso doloso ou culposo, conforme o art. 484, III, do Código de Processo Penal (redação anterior à Lei n. 11.689/2008), *in verbis*:

> Art. 484. Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:
>
> [...]
>
> III - *se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou* ***exclua o crime****, ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal,* ***inclusive os relativos ao excesso doloso ou culposo quando reconhecida qualquer excludente de ilicitude*** (Redação dada pela Lei n. 9.113/1995, portanto anterior à Lei n. 11.689/2009 - grifo nosso)

Da exegese da norma de regência e da leitura dos autos, observo que o magistrado presidente do Tribunal do Júri *não* formulou nenhuma indagação quanto à presença, ou não, *do excesso doloso ou culposo na conduta do agente*, não sendo fornecida, portanto, aos jurados, a compreensão necessária para se aferir se a conduta do agente se deu "dentro dos limites" ou acerca dos requisitos estabelecidos para configuração da "legítima defesa", ou se, caso contrário, o réu *se excedeu quanto aos meios necessários usados para repelir a atual e injusta agressão que se supunha a direito seu e/ou de outrem* (arts. 23, II, e 25, do CP).

Dentro dessa linha de raciocínio, conforme se verifica dos autos, durante a sessão de julgamento, o Juiz presidente do Tribunal do Júri Federal perguntou aos jurados se ***o réu Carlos Alencar de Souza cometeu o crime supondo, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, que estava repelindo agressão à sua pessoa ou a patrimônio de terceiros.*** Entretanto, deixou de *prosseguir no questionamento acerca da legítima defesa e sobre seu excesso* (exigência do art. 484, III, do CPP, redação da Lei n. 9.113/1995). Isso porque passou, *imediatamente*, do terceiro quesito à quesitação outra, ou seja, sobre a *inevitabilidade do erro* (fls. 740-741 e 904-918).

Dessa forma, restaram ausentes quesitos essenciais para que os jurados pudessem chegar à adequada conclusão sobre os fatos levados a julgamento, o que configura, portanto, nulidade absoluta do julgamento ora analisado, nos exatos termos da Súmula n. 156-STF, que assim dispõe:

> É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório.

Por essa razão, ao contrário do entendimento do acórdão *a quo*, concluo pela *inexistência de preclusão temporal*, porquanto a ausência de quesito obrigatório configura *nulidade insanável*, que *não* se convalida com o transcurso do tempo.

Em idêntico sentido, a Quinta Turma deste Superior Tribunal considera que, uma vez reconhecida a obrigatoriedade de quesitação quanto *aos desdobramentos da legítima defesa, sua ausência, a teor do disposto no Verbete Sumular n. 156-STF, constitui nulidade absoluta, a qual, como é consabido, não se convalida com o tempo, vale dizer, não está sujeita à preclusão* (RHC n. 16.386-RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 13.2.2006).

Outro não foi o entendimento da Sexta Turma ao examinar recurso especial voltado à ausência de quesitação obrigatória no Tribunal do Júri, *in verbis*:

> [...]
>
> 3. *A ausência de quesitação quanto aos desdobramentos da legítima defesa, nos termos da Súmula n. 156 do Supremo Tribunal Federal, constitui nulidade absoluta, a qual, como é consabido, não se convalida com o tempo, vale dizer, não está sujeita à preclusão.*
>
> [...]
>
> 5. Recurso especial a que se dá provimento para anular o julgamento do réu, em razão da inobservância da ordem de formulação dos quesitos, determinando a realização de novo júri, nos termos da legislação de regência (Lei n. 11.689/2008).
>
> (REsp n. 434.818-GO, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 23.8.2010)

No mesmo sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

> Direito Penal e Processual Penal. Júri. Legítima defesa: excesso doloso ou culposo. "*Habeas-corpus*".
>
> 1. *Tendo sido suprimida a formulação de quesitos sobre o excesso doloso e culposo, considerados obrigatórios pela jurisprudência desta Corte, ficou evidenciada a perplexidade dos Jurados, quando admitiram que o réu se defendeu de uma agressão atual e injusta, mas que o fez por motivo torpe.*
>
> 2. *Em circunstâncias que tais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal desconsideram o fato de não ter havido protesto a respeito dos quesitos durante a sessão do Tribunal do Júri, porque têm por caracterizada hipótese de nulidade absoluta.*
>
> 3. "H.C." deferido, para se anular o acórdão impugnado e o julgamento perante o Tribunal do Júri, para que a outro se submeta o paciente, como de direito.
>
> (HC n. 78.167, Ministro Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ 14.5.1999)

Assim sendo, a despeito dos fundamentos lançados no acórdão *a quo*, inarredável a observância às regras legais referentes à formulação dos quesitos a serem submetidos ao Conselho de Sentença (art. 484, III, do CPP).

Nunca é demais lembrar que ao Juiz presidente do Tribunal do Júri cabe, além de outras atribuições legais, dirigir os debates, resolver questões incidentes e as de direito que se apresentarem no decurso do julgamento (art. 497 do CPP – redação anterior à Lei n. 11.689/2008).

Nesse passo, a aludida quesitação se impõe, inclusive, quando a tese envolver *legítima defesa putativa*. Em outras palavras, os quesitos referentes ao excesso doloso e culposo são devidos não só quando se tratar da denominada *legítima defesa real*, mas também – como o caso versado nos autos – quando se estiver apurando a tese de *legítima defesa putativa*, uma vez que se afigura proeminente examinar – em ambas as modalidades de legítima defesa – se o agente usou moderadamente dos meios de que dispôs para repelir a injusta agressão, real ou suposta (imaginária).

Reconhecer o contrário, isto é, aceitar – como considera o acórdão *a quo* – que a hipótese de legítima defesa putativa mitiga a necessidade de questionamento sobre o excesso punível (parágrafo único do art. 23 do CP) seria criar *exceção não instituída pelo legislador ao citado art. 484, III, do Código de Processo Penal*, a legitimar, portanto, condutas extremadas em detrimento da moderação e da razoabilidade que se impõem ao instituto da legítima defesa (fls. 904-918).

Sobre as consequências da decretação de nulidade, *in casu*, Mirabete explicita:

> A possibilidade de anulação de julgamento efetuado pelo Tribunal do Júri, mesmo na hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não fere a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, **c**, da CF). *A possibilidade de anulação do julgamento não substitui o veredicto por uma decisão do órgão julgador de segundo grau; é apenas um meio de não se validar procedimento eivado de nulidade* e um mecanismo destinado a provocar um novo julgamento pelo mesmo Tribunal do Júri em busca de maior segurança em face de crimes apenados com sanções graves quando há decisão manifestamente contrária à prova dos autos.
>
> (MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 698 - grifo nosso)

Por conseguinte, em razão dos fundamentos dispostos neste voto, merece provimento a insurgência especial.

Ante o exposto, em razão da inobservância da formulação dos quesitos obrigatórios, *dou provimento* ao recurso especial para, ao cassar o acórdão *a quo* e anular o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, determinar a realização de nova sessão do Tribunal do Júri para julgamento do recorrido Carlos Alencar Souza Alves, nos termos da legislação de regência (Lei n. 11.689/2008).

RECURSO ESPECIAL N. 1.329.048-SC (2012/0123908-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Recorrente: Marcos Souza Rafaeli
Advogado: Luciano de Moraes e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

Recurso especial. Processual Penal. Violação. Dispositivo da Constituição da República. Via inadequada. Embargos de declaração. Oposição tempestiva. Interrupção dos prazos. Réu solto. Intimação pessoal. Desnecessidade. Previsão que se limita à sentença. Extensão às decisões proferidas em recursos. Descabimento. Juízo de primeiro grau. Atuação contraditória. Princípio da lealdade processual. Violação. Apelação. Tempestividade. Reconhecimento. Lapso prescricional. Consumação. Extinção da punibilidade.

1. A via especial, destinada ao debate de temas de direito federal infraconstitucional, não se presta à análise da alegação de ocorrência de afronta a dispositivo da Constituição Federal.

2. A oposição tempestiva de embargos declaratórios é suficiente, por si só, para interromper a fluência do prazo para a interposição de outros recursos, no caso, o de apelação.

3. Nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, basta a intimação do defensor constituído. Além

disso, mesmo nas hipóteses em que há direito à intimação pessoal, esta se restringe à sentença, e não às decisões proferidas nos recursos subsequentes.

4. O Juízo de primeiro, com sua atuação contraditória, induziu a defesa a não interpor a apelação, ao afirmar, quando do julgamento dos embargos de declaração por ela opostos à sentença, que deixava de conhecer do recurso por ausência de interesse, uma vez que seria reconhecida a prescrição.

5. Hipótese concreta em que o julgador singular não conheceu dos embargos de declaração, sob fundamento de que não haveria interesse a ampará-los, pois seria reconhecida a prescrição e, posteriormente, em outra decisão, tomada de ofício, afirmou que os crimes não estariam prescritos.

6. A Sexta Turma, no julgamento do HC n. 223.307-SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis moura, manifestou-se no sentido de que *a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do* venire contra factum proprium *(proibição de comportamentos contraditórios)* – DJe 19.3.2013.

7. Mostrou-se incorreto o procedimento de se deixar de conhecer de recurso, porque seria declarada a prescrição. Não se pode afirmar ausente o interesse recursal com base em acontecimento futuro e incerto.

8. O magistrado é o condutor do processo e a ele compete saber qual a data do recebimento da denúncia – que consta dos autos –, sendo impróprio falar que foi induzido a erro pela defesa, mormente quando inexistente tal indução.

9. Diante da expressa manifestação do Juiz singular de que não haveria interesse a amparar os embargos de declaração, porque seria reconhecida a prescrição, o interesse de interpor apelação foi suprimido, somente ressurgindo para a defesa quando proferida a decisão que afastou a ocorrência de prescrição.

10. Reconhecida a tempestividade da apelação, fica sem efeito a certificação do trânsito em julgado para a defesa. Sendo assim, não havendo trânsito em julgado para esta, a prescrição da

pretensão punitiva estatal nunca deixou de fluir, desde o seu último marco interruptivo válido, consistente na publicação da sentença condenatória, em 2.8.2010.

11. Fixada a pena em 6 meses de detenção e 10 dias-multa, já descontado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (Súmula n. 497-STF), o prazo prescricional é de 2 anos (art. 109, VI, do CP), uma vez que os fatos são anteriores à Lei n. 12.322/2010, razão pela qual se consumou o lapso.

12. Declarada extinta a punibilidade, ficam prejudicadas as demais alegações trazidas no recurso especial.

13. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a tempestividade da apelação, afastando-se o trânsito em julgado da sentença para a defesa, e, em consequência, declarar extinta a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c.c. os arts. 109, VI, parágrafo único, e 114, II, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ-PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de maio de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

DJe 29.5.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: Trata-se de recurso especial interposto por *Marcos Souza Rafaeli*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do

permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferido no Recurso Criminal n. 2011.007528-3/0002.00.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado pela suposta prática, entre dezembro de 2004 a abril de 2006, do crime tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, por treze vezes, em continuidade delitiva. Recebida a denúncia em 25.3.2008 (fl. 19), em 19.6.2008 aceitou-se a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo *Parquet*, sendo que, não cumpridas as condições, houve a sua revogação em 9.7.2009 (fl. 70), com a interposição de recurso em sentido estrito pela defesa.

Realizada a instrução criminal, sobreveio sentença condenando o recorrente, pelas condutas descritas na peça acusatória, às penas de 6 meses de reclusão e 10 dias-multa, que, acrescidas de 2/3 pela continuidade delitiva, totalizaram 10 meses de detenção e 16 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário mínimo (Processo n. 022.08.001311-4). A defesa opôs embargos declaratórios, os quais não foram conhecidos, sob o fundamento de ausência de interesse recursal (fl. 233). Em decisão subsequente, datada de 20.9.2010, o Juízo de primeiro grau afastou a ocorrência de prescrição e determinou a execução da pena (fl. 247). A defesa apresentou apelação, inadmitida por ter sido considerada intempestiva (fl. 263). Houve, então, a interposição de recurso em sentido estrito, ao qual o Tribunal de origem negou provimento por meio do acórdão assim ementado (fl. 319):

> Recurso em sentido estrito. Almejado o recebimento e julgamento dos embargos de declaração opostos contra a sentença condenatória. Hipótese não contemplada no rol taxativo do art. 581 do CPP. Pleito não conhecido neste particular.
>
> Insurgência contra despacho que deixou de receber a apelação criminal por entender intempestiva. Aclaratórios não conhecidos. Interrupção que não se opera. Prazo recursal que se inicia após a última intimação efetuada à parte defensiva da sentença condenatória. Apelo interposto de forma extemporânea. Pleito de recebimento da apelação criminal não acolhido.
>
> Almejado o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Lapso prescricional não alcançado entre os marcos interruptivos. Causa extintiva da punibilidade não atendida.
>
> Prequestionamento. Dispositivos que tratam de matérias examinadas no acórdão. Análise prejudicada.
>
> Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados (fls. 343-349).

Em suas razões recursais, alega o recorrente, além da divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 5º, XXXV, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal; arts. 61, 392, 397, IV, 563, 564, 581, 583, 584, 586, 593, 648, VII, 798, e parágrafos, do Código de Processo Penal; ao art. 538 do Código de Processo Civil, ao art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/1995, e aos arts. 107, IV, 109, VI, e 110 do Código Penal.

Traz as seguintes alegações:

a) a oposição de embargos de declaração interrompe o prazo para outros recursos, mesmo que aqueles sejam rejeitados;

b) o réu tem direito à intimação pessoal de todas as decisões no processo penal, razão pela qual, não tendo sido intimado da decisão que rejeitou os embargos declaratórios – que equivaleria à sentença –, não se iniciou o prazo para a interposição de apelação, razão pela qual esta deve ser considerada tempestiva;

c) em obediência à coisa julgada, deveria o Juiz ter reconhecido a prescrição, uma vez que rejeitara os embargos por ausência de interesse recursal, ao fundamento de que, não tendo havido apelação do *Parquet*, a prescrição da pretensão punitiva seria reconhecida em decisão a ser proferida na sequência, o que, entretanto, não ocorreu;

d) existência de nulidade processual, pois, havendo proposta de suspensão condicional do processo, o recebimento da denúncia deve ocorrer apenas após a aceitação, pelo réu, da proposta oferecida, não podendo ser a peça acusatória recebida antes da audiência. Assim, seria nulo o despacho que recebeu a peça acusatória e determinou a citação do acusado, sem mencionar a proposta de suspensão contida na denúncia. Em consequência do reconhecimento da mácula, deve ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Pede o provimento do recurso especial, com o reconhecimento da tempestividade da apelação, ou a anulação do processo desde o recebimento da denúncia, reconhecendo-se a prescrição da pretensão punitiva.

Oferecidas contrarrazões (fls. 474-476), admitiu-se o recurso na origem (fls. 478-482), subindo os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal opina pelo parcial provimento do recurso (fls. 491-498).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): Inicialmente, a via especial, destinada ao debate de temas de direito federal infraconstitucional, não se presta à análise da alegação de ocorrência de afronta a dispositivo da Constituição Federal.

Outrossim, consta do acórdão recorrido que, no julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela defesa contra a decisão que revogara a suspensão condicional do processo, o Tribunal de origem, de ofício, reconheceu estar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, das onze primeiras condutas praticadas pelo recorrente, alterando a reprimenda final para 7 meses de detenção, em regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, e 11 dias-multa, no valor estabelecido na sentença.

Sendo assim, remanesce o interesse recursal apenas em relação às duas últimas condutas, praticadas entre março e abril de 2006.

De início, correto o recorrente ao afirmar que a oposição tempestiva de embargos declaratórios é suficiente, por si só, para interromper a fluência do prazo para a interposição de outros recursos, no caso, o de apelação.

Nesse sentido:

> Processual Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tempestividade do AREsp. Prazo de 5 dias. Súmula n. 699-STF. Precedentes do STJ. Embargos de declaração não conhecidos não interrompem o prazo recursal. Precedentes. Agravo não provido.
>
> [...]
>
> 4. Por outro vértice, importante gizar que "*Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes*". Contudo, "*nos termos da jurisprudência do STJ, a interposição de embargos de declaração apenas não interrompe o prazo recursal quando não conhecidos por manifesta intempestividade*" (AgRg no Ag n. 1.215.685-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 1º.7.2011).
>
> 5. Agravo regimental não provido.

> (AgRg nos EDcl no AREsp n. 244.005-SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26.3.2013)
>
> Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo de instrumento. Prazo recursal do agravo de instrumento. Artigo 28 da Lei n. 8.038/1990. Intempestividade. Embargos de declaração. Interrupção do prazo, salvo se intempestivos. Precedentes. Agravo a que se nega provimento.
>
> [...]
>
> 3. Os embargos de declaração, tempestivamente apresentados, ainda que considerados protelatórios, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração. Precedentes.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no Ag n. 876.449-SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22.6.2009)

Contudo, razão não lhe assiste quando afirma que o réu deveria ter sido intimado pessoalmente da decisão que não conheceu dos embargos de declaração opostos à sentença.

Nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, basta a intimação do defensor constituído. Além disso, mesmo nas hipóteses em que há direito à intimação pessoal, esta se restringe à sentença, e não às decisões proferidas nos recursos subsequentes.

A esse respeito:

> *Habeas corpus*. Processual Penal. Crimes dos arts. 213 e 214, ambos do Código Penal. Condenação. Alegada nulidade pela ausência de intimação pessoal do condenado da sentença. Ato prescindível. Réu solto durante toda a instrução criminal. Precedentes. Vício não caracterizado. Inteligência do art. 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Defensor constituído regularmente intimado. Interposição do recurso de apelação. Ausência de prejuízo. *Habeas corpus* denegado.
>
> 1. Segundo o que prevê o art. 392, incisos I e II, do Código de Processo Penal, a obrigatoriedade de intimação pessoal do acusado somente ocorre se este se encontrar preso, podendo ser dirigida unicamente ao patrocinador da defesa na hipótese de réu solto. Precedentes.
>
> [...]
>
> 3. Ordem de *habeas corpus* denegada.
>
> (HC n. 190.529-RN, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 24.10.2012)

> Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Interposição fora do prazo legal. Intempestividade. Apelo especial interposto após o prazo estabelecido no art. 26 da Lei n. 8.038/1990. Extemporaneidade. Intimação para a sessão de julgamento. Inovação recursal. Impossibilidade. Acórdão condenatório. Intimação pessoal. Réu solto. Advogado constituído devidamente intimado. Ausência de nulidade. Matéria constitucional. Prequestionamento. Inadmissibilidade. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> [...]
>
> 4. "A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, ao réu que se livra solto, não é necessária a intimação pessoal da sentença condenatória, bastando que seu defensor constituído seja intimado pessoalmente, o que ocorreu no presente feito. Inteligência do artigo 392, II, do Código de Processo Penal". (HC n. 216.993-PI, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 17.11.2011).
>
> [...]
>
> 6. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp n. 80.472, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19.12.2011)

Dessa forma, intimado o defensor constituído da decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos à sentença em 1º.9.2010 (fl. 244), em princípio, seria intempestiva a apelação interposta em 13.10.2010 (fl. 250).

O caso dos autos, entretanto, possui peculiaridades que, a meu sentir, afastariam a intempestividade da apelação defensiva.

O Juiz de primeiro grau, ao prolatar a sentença, nela consignou, ao seu final (fl. 218):

> [...]
>
> Após o trânsito em julgado, voltem os autos para a análise da prescrição.
>
> [...]

A defesa opôs embargos de declaração, pleiteando a diminuição da reprimenda, a sua substituição por uma pena restritiva de direitos ou o retorno dos autos conclusos, conforme determinara a sentença, para o reconhecimento da prescrição.

O magistrado não conheceu dos embargos de declaração, por ausência de interesse, sob a seguinte fundamentação (fl. 233):

> [...]

> Para o ingresso de qualquer recurso necessário interesse.
>
> No caso dos autos o Ministério Público já restou intimado e não ofertou recurso, transitando em julgado para a acusação, e constando na sentença a determinação de volta para a análise da prescrição, *esta será reconhecida em seguimento o que faz com que exista interesse nos presentes embargos*.
>
> Isto posto, *não conheço dos embargos* por ausência de interesse.

Quando voltaram os autos ao julgador singular, entretanto, proferiu ele a seguinte decisão (fl. 247):

> [...]
>
> Trata-se de processo crime em que a sentença determinou o retorno para análise da prescrição.
>
> Todavia, as alegações finais fizeram este juiz incorrer em erro, ao afirmar que a data do recebimento da denúncia seria 19.6.2008, fl. 157, quando o correto é 25.3.2008, fl. 11, ou seja, não existe prescrição.
>
> [...]

Tenho que, na situação concreta, houve uma sucessão de condutas equivocadas do Juízo de primeiro grau.

Primeiro, houve uma impropriedade técnica, pois mostra-se incorreto o procedimento de se deixar de conhecer de recurso, porque seria declarada a prescrição. Não se pode afirmar ausente o interesse recursal com base em acontecimento futuro e incerto.

Cabia ao julgador ter verificado, imediatamente, a alegação de prescrição trazida nos embargos, e não falar que estaria ausente o interesse, porque seria reconhecida a consumação do lapso prescricional. Em outras palavras, se os crimes já estavam prescritos deveria ter sido imediatamente extinta a punibilidade. Se não estavam, rejeitava-se a arguição.

Em segundo lugar, também é impertinente a assertiva lançada pelo julgador singular quando, posteriormente, em decisão proferida de ofício, afastando a ocorrência de prescrição, afirmou que teria sido induzido a erro pelas alegações finais defensivas, em relação à data do recebimento da denúncia.

Com efeito, o magistrado é o condutor do processo e a ele compete saber qual a data do recebimento da denúncia – que consta dos autos –, sendo impróprio falar que foi induzido a erro pela defesa.

Além disso, feita uma leitura atenta das alegações finais, verifica-se que a defesa deixou claro que entendia que o recebimento da denúncia antes da audiência seria equivocado (fl. 161) e que a data correta seria a da realização da audiência (fl. 190), conforme tese também sustentada no presente recurso especial, e que não induziu a erro ou a equívoco de compreensão deste.

Destarte, está evidente que o Juízo de piso, com sua atuação contraditória, induziu a defesa a não interpor a apelação, ao afirmar, quando do julgamento dos embargos de declaração, que deixava de conhecer do recurso por ausência de interesse da parte, uma vez que seria reconhecida a prescrição.

Registra-se que a Sexta Turma, no julgamento do HC n. 223.307-SP, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, manifestou-se no sentido de que *a relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio da vedação do* venire contra factum proprium *(proibição de comportamentos contraditórios)* – DJe 19.3.2013.

Sendo assim, diante da expressa manifestação do Juiz singular de que não haveria interesse a amparar os embargos de declaração, porque seria reconhecida a prescrição, tenho que o interesse de interpor apelação foi suprimido pela decisão dos embargos, somente ressurgindo para a defesa quando proferida a decisão que afastou a ocorrência de prescrição.

Em suma, a oposição dos embargos declaratórios interrompeu o prazo para a interposição de apelação. Diante do conteúdo da decisão dos embargos, desapareceu para a defesa o interesse de apelar da sentença, pois seria reconhecida a prescrição. Assim, somente com a nova decisão, que afastou a pretensão de extinção da punibilidade, é que surgiu novamente o interesse de impugnar a sentença, razão pela qual é da sua intimação que deve ser contado o prazo para a interposição da apelação.

Dessa última decisão foi o defensor constituído intimado, pela imprensa oficial, em 8.10.2011, com início do prazo em 11.10.2010 (certidão de fl. 248), motivo pelo qual é tempestiva a apelação interposta em 13.10.2010 (fl. 250).

Reconhecida a tempestividade da apelação, fica sem efeito a certificação do trânsito em julgado para a defesa. Sendo assim, não havendo trânsito em julgado para esta, a pretensão punitiva estatal nunca deixou de fluir, desde o seu último marco interruptivo válido, consistente na publicação da sentença condenatória, em 2.8.2010 (fl. 219).

Tendo sido a pena fixada em 6 meses de detenção e 10 dias-multa, descontado o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (Súmula n. 497-STF), o prazo prescricional é de 2 anos (art. 109, VI, do CP), uma vez que os fatos são anteriores à Lei n. 12.322/2010, razão pela qual se consumou o lapso.

Com a declaração de extinção da punibilidade, ficam prejudicadas as demais alegações trazidas no recurso especial.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial para reconhecer a tempestividade da apelação, afastando o trânsito em julgado da sentença para a defesa, e, em consequência, *declaro extinta* a punibilidade do recorrente, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c.c. os arts. 109, VI, parágrafo único, e 114, II, todos do Código Penal.